Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Hans Richard May,

Referendar in Dresden.

Dresden

Buchdruckerei des „Kamerad“ (F. L. Staub)

1909.

Meiner Mutter.

Inhalt.

Seite

§ 1. Der gesetzgeberische Grundgedanke 1

Teil I. **Die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.**

§ 2. Allgemeines 3
§ 3. Die frühere Verurteilung 4
§ 4. Die Begehungszeit der später abzuurteilenden Straftat . . . 18
§ 5. Verbüßung, Verjährung und Erlaß der früheren Strafe . . . 27

Teil II. **Das Verfahren.**

§ 6. Allgemeines 32
§ 7. Die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe im engeren Sinne . 32
§ 8. Nichterhöhung der früher erkannten Strafe 42
§ 9. Die gleichzeitige Aburteilung von Straftaten, die teils vor, teils nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind . 44
§ 10. Die nachträgliche Bildung gehäufter Strafen 48
§ 11. Nebenstrafen 49
§ 12. Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen nach § 492 der StPO 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0123

Literatur-Verzeichnis.

Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1895.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichs-Strafprozeßrechts. Breslau 1900.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. Leipzig 1907.

Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. 5. Auflage. Leipzig 1904.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Erster Band. Leipzig 1885.

von Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Erschienen als Beilagsheft zu Band 31 des Gerichtssaals. Stuttgart 1879.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Band I. Berlin 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 5. bis 7. Auflage. Tübingen 1908.

Gerland, Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts. Seite 429 ff von Band 9 (dritte Folge) der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Tübingen u. Leipzig 1904.

Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Erste Hälfte. München 1884.

Geyer, Konkurrenz. S. 506 ff von Band II des Teils II der v. Holtzendorffschen Encyklopädie der Rechtswissenschaft (Rechtslexikon). Leipzig 1881.

Goltdammers Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Band I. Bonn 1881.

Harseim, Zu § 79 des Reichsstrafgesetzbuches. Im Gerichtssaal. Band 27 S. 466 ff.

Juristische Wochenschrift. Berlin 1882 ff.

von Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg i. B. 1892.

von Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. und 17. Auflage. Berlin 1908.

Löwe-Hellweg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 12. Auflage. Berlin 1907.

Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 2. Band. Berlin 1871. S. 545 ff.

Merkel, Die Strafanwendung durch den Richter. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 4. (Supplement) Band. Berlin 1877. S. 207 ff.

Meves, Strafvollstreckung und Kosten des Verfahrens. In von Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 2. Band. Berlin 1879. S. 467 ff.

Meves, Mitteilungen aus der preußischen Praxis. In von Holtzendorffs Allgemeiner deutschen Strafrechtszeitung. Band 13. S. 161 ff.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Auflage. Leipzig 1907.

Olshausen, Der Einfluß der Vorbestrafungen auf später zur Aburtheilung kommende Strafthaten. Berlin 1876.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Auflage. Berlin 1905.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 14. Auflage. Berlin 1901.

Otto, Aphorismen zu dem Allgemeinen Theile des deutschen Reichsstrafgesetzbuches. In den Annalen des Königl. Sächsischen Ober-Appellationsgerichts zu Dresden. 10. Band (neue Folge). S. 1 ff.

Reiffel, Zur Lehre von den Gesamtstrafen. Im Gerichtssaal. 37. Band. S. 470 ff.

Reiffel, Noch einmal die Gesamtstrafen. Im Gerichtssaal. 40. Band. S. 217 ff.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. (Kommentar.) 4. Auflage. Berlin 1892.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Auflage. Leipzig 1874.

Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 3. Band. S. 48 ff.

Schwarze, Die Konkurrenz-Theorien und das Strafgesetzbuch. Im Gerichtssaal. 34. Band. S. 575 ff.

von Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 5. Auflage. Leipzig 1884.

§ 1.

Der gesetzgeberische Grundgedanke.

Der Paragraph 79 des Reichsstrafgesetzbuches bestimmt:

„Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war."

Die hier erwähnten §§ 74 bis 78 des Reichsstrafgesetzbuches enthalten die Bestimmungen über die Bestrafung real konkurrierender Straftaten desselben Täters. Dem Grundsatze nach sind die für die einzelnen Straftaten desselben Täters verwirkten Strafen zu häufen. Dieser Grundsatz erleidet indessen wesentliche Abschwächungen zu Gunsten einer milderen Bestrafung real konkurrierender Delikte.

Solche Abschwächungen sind:

1. Die Bestimmungen, die der § 74 StGBs über die Bildung von Gesamtstrafen trifft,

2. Die Höchstgrenzen, die gezogen sind für die Häufung

a) von Gefängnis und Festungshaft in § 75 Abs. 3 StGBs,

b) von Haftstrafen in § 77 Abs. 2 StGBs,

c) von Freiheitsstrafen, die als Ersatzstrafen an Stelle von nicht beizutreibenden Geldstrafen treten, in § 78 Abs. 2 StGBs.

An und für sich sind die Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs. nur anzuwenden, wenn mehrere real konkurrierende Straftaten gleichzeitig zur Aburteilung gelangen. Der eingangs angeführte § 79 StGBs sichert nun den gegenüber dem Grundsatze der Strafenhäufung milderen Strafbestimmungen ein erweitertes Anwendungsgebiet für den Fall, daß die realiter konkurrierenden Straftaten nicht in einem Verfahren, sondern nach einander zur Aburteilung gelangen.

Der gesetzgeberische Gedanke, aus dem heraus diese Bestimmung getroffen worden ist, ist folgender: Der Verbrecher, der mehrere realiter konkurrierende strafbare Handlungen begangen hat, deren Erledigung in einem Strafverfahren möglich gewesen wäre, soll der milderen Bestrafung nach §§ 74 bis 78 StGBs nicht deswegen verlustig gehen, weil Zufälligkeiten, z. B. die Unkenntnis des ersten Richters von den übrigen

Delikten die gleichzeitige Aburteilung aller Straftaten gehindert hat.[1]) Daß dies der Grundgedanke gewesen ist, lassen die Motive zum Entwurf I des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund erkennen. Dort wird zur Begründung des dem jetzigen § 79 entsprechenden § 66 angeführt:

„Die in § 65 ausgesprochene Bestimmung über Bestrafung bei realer Konkurrenz muß übrigens ihre Wirkung ohne Rücksicht darauf äußern, ob die verschiedenen zusammentreffenden strafbaren Handlungen gleichzeitig oder nach einander zur Aburtheilung gelangen. Daß dies geschehen solle, schreibt der § 66 vor."

In § 65 dieses Entwurfs I aber waren — allerdings von den jetzigen Bestimmungen der §§ 74/78 StGBs stark abweichende — Anordnungen vorgesehen über eine nur beschränkte Anwendung des Grundsatzes der Strafenhäufung hinsichtlich derjenigen zeitigen Freiheitsstrafen, die für mehrere real konkurrierende, gleichzeitig abzuurteilende Verbrechen verwirkt sind.

Aufeinanderfolgende Aburteilung real konkurrierender Straftaten soll also dem Verbrecher nicht schaden, falls nur ihre gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre.

Dieser Gesichtspunkt, den die Motive zu § 66 des Entwurfs I als maßgebend hinstellen, liegt ohne Zweifel auch dem § 79 des Reichsstrafgesetzbuches zu Grunde, obwohl die Motive zu § 77 (dem jetzigen § 79) des Entwurfs III seiner nicht ausdrücklich Erwähnung tun und obwohl dieser § 77 (79) die dem § 66 des Entwurfs I unbekannte Beschränkung enthält, daß vor einer früheren Verurteilung begangene Straftaten nur solange in einem Nachtragserkenntnisse berücksichtigt werden, als die in der früheren Verurteilung ausgesprochene Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Bei der Anwendung des § 79 StGBs. in der Praxis ergeben sich eine ganze Reihe von Schwierigkeiten, insbesondere dann, wenn es sich um die Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne (nach § 74 StGBs) handelt.

Diese Schwierigkeiten haben ihren Grund teils auf prozessualem Gebiete, teils sind sie in der Eigenart der etwas verwickelten Vorschriften der §§ 74/78 StGBs begründet. So hat es denn auch in der Wissenschaft nicht an scharfen Angriffen gefehlt, die sich gegen die Bestimmungen des Gesetzbuches über die Realkonkurrenz und gegen die Behandlung der Kon-

---

[1]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrRs S. 295, N. 6 zu § 79. — Olshausen, Kommentar, N. 6 zu § 79. — Vers. Vorbestr. S. 50, 51. — RG I 10. 1. 81. E. 3, S. 217. — Harseim im GS 27, S. 468, 469 u. a.

kurrenz im Gesetzbuche überhaupt richten.[2]) Es soll hier nicht der Versuch gemacht werden, die Frage zu lösen, wie vom Standpunkte des Gesetzgebers die Bestrafung real konkurrierender Straftaten am besten zu regeln sei. Ebensowenig soll hier untersucht werden, warum der Gesetzgeber sein Ziel, die in der uneingeschränkten Häufung mehrerer verwirkter zeitiger Freiheitsstrafen liegende Härte tunlichst zu mildern,[3]) auf so verschiedenen Wegen zu erreichen versucht hat. Es soll vielmehr ausschließlich vom Standpunkte des geltenden Rechts dargelegt werden, wann die milderen Strafbestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs noch nachträglich auf Grund von § 79 StGBs in Anwendung zu bringen sind, und wie sich hierbei das Verfahren gestaltet.

Teil I.

Die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen.

§ 2.

Allgemeines.

Gesamtstrafen[4]) können nachträglich auf Grund von § 79 StGBs nur dann gebildet werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der Täter muß mehrere selbständige strafbare Handlungen begangen haben.

2. Er muß wegen einer oder mehrerer dieser strafbaren Handlungen verurteilt sein.

3. Er muß wegen einer oder mehrerer der noch ungesühnten strafbaren Handlungen zu 1) zu einer Zeit anderweit abgeurteilt werden, zu der die in dem früheren Urteile zu 2) erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Die Anwendbarkeit des § 79 StGBs hängt also von zwei positiven und einem negativen Erfordernisse ab. Positiv wird

---

[2]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrRs, S. 293. — Schütze, ZStr.W 3, S. 48 ff.

[3]) Nur dieser Grund wird in den Motiven zu § 72 (dem jetzigen § 74) des Entwurfes III angegeben.

[4]) Wenn hier und im folgenden von „Gesamtstrafen" im allgemeinen gesprochen wird, so sind darunter auch die auf Grund von §§ 75 bis 78 StGBs zu erkennenden Strafen mitzuverstehen, die infolge der für die Strafenhäufung gezogenen Höchstgrenzen eine Abminderung des Gesamtbetrages der verwirkten Einzelstrafen erfahren müssen.

erfordert, einmal, daß ein verurteilendes Erkenntnis gegen den Täter vorliegt und zweitens, daß später eine Straftat zur Aburteilung kommt, die vor diesem verurteilenden Erkenntnisse begangen worden ist. Negatives Erfordernis ist, daß zur Zeit der zweiten Aburteilung die Strafe des ersten Urteils noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

In welchen Fällen diese drei Erfordernisse als erfüllt zu gelten haben, bedarf der näheren Untersuchung.

§ 3.

Die frühere Verurteilung.

Verurteilung ist Schuldigsprechung zur Strafe durch ein Gericht. Es fragt sich, ob jede gerichtliche Schuldigsprechung — das Vorliegen der übrigen Bedingungen selbstverständlich immer vorausgesetzt — bei der Fällung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGBs zu berücksichtigen ist.

Dies ist auf jeden Fall zu verneinen hinsichtlich einer Verurteilung, die von einem ausländischen Gerichte ausgesprochen worden ist. In der Natur des Nachtragserkenntnisses ist es begründet, daß gegebenen Falls die in dem früheren Urteile festgesetzte Strafe durch das Nachtragserkenntnis abgeändert — in eine schwerere Strafart umgewandelt — wird, und zwar selbst dann, wenn mit der Vollstreckung der früheren Strafe bereits begonnen worden ist. Unter diesen Umständen würde es, wenn das frühere Urteil ein ausländisches ist, einen unzulässigen Eingriff in die Justizhoheit des fremden Staates bedeuten, wenn der deutsche Richter beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 79 StGBs dieses frühere ausländische Urteil zur Bildung eines Nachtragserkenntnisses heranziehen würde.[5]) Dazu kommt, — wie Olshausen Vorbestr. S. 42 besonders hervorhebt —, daß dem Richter in den weitaus meisten Fällen ein Vergleichsmaßstab zwischen den Strafen, die auf Grund eines ausländischen Strafgesetzes erkannt sind, und den Strafen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches nicht zu Gebote stehen würde. Aus Strafarten aber, für deren Vergleich es an einem Maßstabe gebricht, ist es unmöglich, eine Gesamtstrafe zu bilden.

---

[5]) So Olshausen Vorbestr. S. 42, 43. — Ders. Kommentar N. 4 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, Kommentar N. 16 zu § 79. — Hälschner Bd. 1, S. 692 und Merkel in H. H. Bd. 4, S. 233 verneinen die Berücksichtigung ausländischer Urteile, weil die deutschen Gerichte nicht als Organe einer ausländischen Justizgewalt zu fungieren haben.

Für den Ausschluß ausländischer Strafurteile bei Bildung eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGBs spricht schließlich noch, daß das Reichsstrafgesetzbuch auch für die Begründung des Strafschärfungsgrundes des Rückfalls den ausländischen Strafurteilen die Beachtung versagt (vgl. §§ 244, 250 Z. 5, 261, 264 StGBs), obwohl es hierbei nur auf die Tatsache der Bestrafung und Verbüßung, nicht aber auch darauf ankommt, daß die in dem früheren Urteile erkannte Strafe sich zu der in dem späteren Urteile zu erkennenden Strafe in Beziehung bringen läßt.[6]) Ueberdies ist das rechtskräftige ausländische Urteil nicht einmal in allen Fällen für den deutschen Richter unantastbar; der Grundsatz ne bis in idem schlägt nicht ein (§§ 4, 5, 7 StGBs).

Für die Anwendbarkeit des § 79 StGBs ist also ein *inländisches* Urteil zu fordern.

Gleichgültig ist es, ob dieses inländische Urteil ergangen ist auf Grund des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund oder auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. Fraglich ist dagegen, ob auch Urteile zu berücksichtigen sind, die auf Grund eines älteren deutschen Strafgesetzbuches ergangen sind. Diese praktisch so gut wie belanglose Frage soll hier nur gestreift werden; es erscheint schon wegen der Bestimmungen über die Verjährung nahezu völlig ausgeschlossen, daß jetzt ein Richter noch in die Lage kommen sollte, ein solches Urteil bei Abfassung eines Nachtragserkenntnisses zu verwenden.

Von Schwarze[7]) leugnet die Anwendbarkeit des § 79 StGBs, wenn sich die frühere Verurteilung auf älteres Recht gründet, wegen mangelnder Gleichheit der in Betracht kommenden Strafkörper. Dagegen will Merkel[8]) dem gesetzgeberischen Grundgedanken des § 79 StGBs — auch wenn er infolge grundsätzlicher Verschiedenheit des Strafensystems des älteren Gesetzbuches von dem des Reichsstrafgesetzbuches zu einer zuverlässig adäquaten Verwirklichung nicht gebracht werden kann — auf alle Fälle im Wege der Analogie Geltung verschaffen. Richtig scheint mir die — von Merkel a. a. O. ausdrücklich bekämpfte — Ansicht Olshausens zu sein, der die streitige Frage ausführlich[9]) behandelt hat. Er kommt zu dem Ergebnisse, daß der Richter auch eine auf Grund eines älteren deutschen Strafgesetzbuches ergangene Verurteilung bei Anwen-

---

[6]) Vgl. Hälschner Bd. 1, S. 692. — Olshausen Vorbestr. S. 42. — Ders. Kommentar N. 4 zu § 79.

[7]) Nr. 10 zu § 79.

[8]) In H. H. Bd. 4, S. 234.

[9]) Vorbestr. S. 33 bis 42, s. auch Kommentar N. 3 zu § 79.

dung des § 79 StGBs zu berücksichtigen hat, falls zwischen der früher erkannten und der auf Grund des geltenden Strafgesetzbuches zu erkennenden Strafe ein Vergleichsmaßstab gegeben ist, sei es, daß positive Bestimmungen (z. B. eine auf Grund von § 8 EGs zum StGB erlassene landesgesetzliche Uebergangsbestimmung) einen solchen Maßstab an die Hand geben, sei es, daß das Strafensystem des älteren Gesetzbuches mit dem des Reichsstrafgesetzbuches in den grundsätzlichen, wesentlichen Bestimmungen übereinstimmt.

Unbestritten ist, daß § 79 StGBs im allgemeinen gleichermaßen anwendbar ist, mag die frühere Strafe auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs oder aber auf Grund eines reichs- oder landesgesetzlichen Sondergesetzes erkannt worden sein.[10])

Gleichgültig ist es für die Anwendbarkeit des § 79 StGBs, von welchem inländischen Gerichte die frühere Verurteilung ausgesprochen worden ist. Sie kann verhängt sein durch dasselbe Gericht, das nunmehr auch die Nachtragsentscheidung zu fällen hat, oder durch ein anderes Gericht desselben oder eines anderen Bundesstaates.[11]) Unerheblich ist es auch, welcher Ordnung das früher verurteilende Gericht war. Ebenso ist es gleichgültig, ob das frühere Urteil im Ordinarprozesse oder im Privatklageverfahren ergangen ist, und ferner, ob die früher fest-

---

[10]) Vgl. Rüdorff-Stenglein N. 3 zu § 79. Besonderheiten können sich ergeben, wenn sowohl die frühere als auch die spätere Strafe auf Grund von landesgesetzlichen Bestimmungen verhängt worden sind. Nach den Vorschriften einiger Landesgesetze nämlich tritt Strafenhäufung auch in Fällen ein, in denen nach § 74 StGBs eine Gesamtstrafe gebildet werden müßte. Ist z. B. A. am 1. März 1908 zu Leipzig wegen Forstdiebstahls zu drei Tagen Gefängnis verurteilt worden und am 10. März 1908 vor Verbüßung dieser Strafe nochmals wegen eines vor dem 1. März 1908 begangenen Forstdiebstahls zu einer Woche Gefängnis, so ist nach Art. 17 Abs. 1 des sächsischen Forst- und Feldstrafgesetzbuches vom $\frac{30.\ 4.\ 1873}{24.\ 4.\ 1894}$ keine Gesamtstrafe zu bilden, sondern — ebenso wie wenn das Gericht über beide Straftaten gleichzeitig abgeurteilt hätte, auf die einwöchige Gefängnisstrafe voll zu erkennen. Immerhin wird der später erkennende Richter auch in einem solchen Falle das frühere Urteil gemäß § 79 StGBs insofern berücksichtigen müssen, als die im Art. 17 Abs. 2 des angezogenen Gesetzes festgesetzte Höchstgrenze von 10 Jahren Gefängnis nicht überschritten werden darf. — Uebrigens ist die Berechtigung der Landesgesetzgebung, bei der Regelung des Landesstrafrechts in dieser Art von den allgemeinen Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuches abzuweichen, sehr bestritten (verneint wird sie z. B. von Binding Hb. Bd. 1, S. 306 ff, Finger Bd. 1, S. 156, Rubo, S. 190 f); auf diese Streitfrage näher einzugehen, würde indessen über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen.

[11]) So die gem. Meinung; vgl. Binding, Grundriß d. StrRs S. 294, N. 3 zu § 79.

gesetzte Strafe durch ein Urteil im eigentlichen Sinne oder durch Strafbefehl, Strafbescheid oder Strafverfügung verhängt worden ist.

Auch wenn bereits mehrere Strafurteile wegen mehrerer real konkurrierender Straftaten gegen denselben Täter vorliegen, kann die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe in Frage kommen. Dies ist der Fall, wenn jede der der ersten Verurteilung folgenden Verurteilungen zu dieser im Verhältnisse des § 79 StGBs steht, d. h. wenn jede der in den mehreren Urteilen abgeurteilten Straftaten vor der ersten Verurteilung begangen ist und die mehreren selbständig erkannten Strafen noch nicht durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß ihre Erledigung gefunden haben. Kommt unter diesen Voraussetzungen eine Straftat zur Aburteilung, die vor der ersten der mehreren Verurteilungen begangen worden ist, so ist ein Nachtragserkenntnis nach § 79 StGBs zu erlassen, das außer der Strafe für die zuletzt abzuurteilende Straftat auch alle früher erkannten Strafen zu umfassen hat.[12]) Also nur für den Fall, daß es dem zuerst aburteilenden Richter möglich gewesen wäre, sämtliche Straftaten gleichzeitig abzuurteilen [— diese Möglichkeit hätte selbstverständlich nicht vorgelegen, wenn eine der Straftaten erst nach der ersten Verurteilung begangen worden wäre —], ist der § 79 StGBs auch beim Vorliegen mehrerer früheren Verurteilungen anwendbar. Mit anderen Worten: Schon der zweite und jeder folgende Richter hätte die Möglichkeit haben müssen, gemäß § 79 StGBs die von ihm neu auszuwerfende Strafe mit den durch die früheren Urteile erkannten Strafen in einem Nachtragserkenntnisse zu vereinen. Zwar spricht der § 79 StGBs nur von „der" früheren Verurteilung, und auch in den Motiven ist eines Falles wie des eben beschriebenen nicht gedacht, dem Willen des Gesetzgebers aber entspricht es sicher, den § 79 StGBs auch in diesem Falle anzuwenden. Denn dieser Wille geht, wie bereits ausgeführt worden ist, dahin, dem Täter die Wohltat der milderen Bestrafung nach §§ 74/78 StGBs unter gewissen Einschränkungen unabhängig davon zu gewähren, ob die mehreren Straftaten gleichzeitig oder nach einander zur Aburteilung kommen, dafern nur ihre gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre.

Wenn Olshausen[13]) ausführt:

„Sie (— nämlich die Voraussetzung der früheren Verurteilung —) liegt aber ferner auch alsdann vor, wenn nach

---

[12]) So Oppendorf-Delius N. 13 zu § 79. — RG IV 24. 10. 84. R. 6 S. 652 ff. — RG I 1. 11. 86. E. 15 S. 29 ff.

[13]) Kommentar N. 2 zu § 79 letzter Satz.

der noch abzuurteilenden Handlung mehrere Verurteilungen aufeinander erfolgt sind, und zwar in dem Falle, wenn bei einer der folgenden Verurteilungen übersehen ist, daß eine Realkonkurrenz mit dem vorher abzuurteilenden Falle obwaltete; Oppenhoff-D. N. 13, Olshausen Vorbestr. S. 32, 66."

so kann dem nicht zugestimmt werden. Nicht bloß bei irgend „einer", sondern bei der zweiten und jeder folgenden Verurteilung muß übersehen worden sein, daß Realkonkurrenz mit dem zuerst abgeurteilten Falle obwaltete. Olshausen hat sich jedoch in der eben angeführten Stelle seines Kommentars wohl nur im Ausdrucke vergriffen, wenigstens ist dies aus den beigefügten Zitaten (Oppenhoff-D. N. 13 und Olshausen Vorbestr. S. 32, 66) zu schließen. Oppenhoff-Delius ist der hier vertretenen Ansicht, und die Stelle in den „Vorbestrafungen" S. 66 läßt sich auch im Sinne der hier entwickelten Meinung auslegen, wenn sie auch den Grundgedanken nicht scharf zum Ausdrucke bringt.[14])

Ob die „frühere Verurteilung" nur wegen einer oder wegen mehrerer Straftaten erfolgt ist, ist für die Anwendbarkeit des § 79 StGBs gleichgültig. Dies betonen — eigentlich überflüssiger Weise — noch besonders die Motive zu § 77 [79] des Entwurfs III, indem sie aussprechen, daß die Bestimmung dieses Paragraphen sowohl Anwendung finden soll, wenn während der Verbüßung einer Gesamtstrafe nachträglich noch andere, jedoch vor der Verurteilung begangene strafbare Handlungen derselben Person zur Anzeige und Aburteilung gelangen, als wenn dies während der Verbüßung einer wegen einer einzelnen Handlung erkannten Strafe geschieht, und daher nunmehr erst eine Realkonkurrenz sich herausstellt.

Vielfach bestritten worden ist die Frage, ob es Voraussetzung für den Erlaß eines Nachtragserkenntnisses nach § 79 StGBs sei, daß die frühere Verurteilung die Rechtskraft beschritten habe. Diese Frage ist — was früher nicht immer geschehen ist[15]) — scharf zu scheiden von der in dem folgenden Paragraphen zu behandelnden Frage, ob die zeitliche Grenze für die Begehung nachträglich nach § 79 StGBs abzuurteilender strafbarer Handlungen der Zeitpunkt der Verkündung oder der Rechtskraft des früheren Strafurteiles sei.

Ueberwiegende Gründe sprechen dafür, daß nur ein rechtskräftiges Urteil für die Fällung eines Nachtragserkenntnisses verwertbar ist. Das Gesetz enthält keine bindende Norm da-

---

[14]) Ungenau ist es auch, wenn Frank II, 1 zu § 79 sagt: „Ob der früheren Verurteilungen eine oder mehrere sind, ist gleichgültig."

[15]) Vgl. z. B. Schütze S. 201, 202 Anm. 19.

rüber, in welcher prozessualen Lage sich die früher abgeurteilte Untersuchungssache befinden müsse, damit überhaupt die Entscheidung über Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von §§ 74/78 und 79 StGBs erfolgen kann. Das hebt schon das Reichsgericht (IV. Senat) in seinem Urteile vom 6. Juli 1881 mit Recht hervor.[16])

Aus dem § 79 StGBs selbst ist über diese Frage nichts zu entnehmen. Harseim [17]) glaubt zwar, den Willen des Gesetzgebers, der sich das frühere Urteil, insofern als es der späteren Aburteilung als Grundlage dienen soll, als rechtskräftig gedacht habe, aus dem Zusammenhange der Bestimmungen des § 79 StGBs folgern zu können, weil dieser Paragraph bestimme, die erkannte Strafe dürfe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sein, und von einer Verbüßung pp. nicht gesprochen werden könne, bevor nicht das Urteil rechtskräftig sei.[18]) Das ist ein Trugschluß. Durch die Vorschrift, daß die erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sein dürfe, wird nur die zeitliche Grenze festgelegt, bis zu welcher ein Nachtragserkenntnis nach § 79 StGBs überhaupt möglich ist; über den Zeitpunkt, von dem an ein solches Erkenntnis zulässig sei, trifft sie keine Bestimmung. Der § 79 StGBs hat, wie Reiffel[19]) zutreffend bemerkt, gar nicht die Möglichkeit der Verbüßung pp., sondern die Tatsache der Nichtverbüßung pp. im Auge.

Auch die Motive zu Entwurf I und III des Strafgesetzbuches sagen über die vorliegende Frage nichts.

Aus diesem Mangel einer positiven Vorschrift über die prozessuale Lage, in der sich die früher abgeurteilte Sache befinden muß, um als Grundlage für eine Nachtragsentscheidung dienen zu können, ist verschiedentlich der Schluß gezogen worden, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen müsse in jedem Falle ein Nachtragserkenntnis gefällt werden, gleichgültig, ob das frühere Urteil rechtskräftig sei oder nicht. Einige sind sogar soweit gegangen, in der Nichtberücksichtigung eines noch nicht rechtskräftigen früheren Erkenntnisses eine die Revision begründende Gesetzesverletzung zu erblicken. Diese Ansicht hat vor allem früher Olshausen[20]) vertreten, mit der weiteren Begründung, daß der Verurteilte bei Nichtberücksichtigung der früheren nicht rechtskräftigen Verurteilung geradezu in seiner

---

[16]) E. 5 S. 1 ff.
[17]) Im GS 27 S. 470.
[18]) Dieselbe Begründung bringt RG II 4. 10. 81. R. 3 S. 592, 593.
[19]) Im GS 37 S. 475.
[20]) Vorbestr. S. 55, 56.

Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln beschränkt würde. Derselben Ansicht sind Merkel,[21]) Meyer-Allfeld[22]) und Oppenhoff-Delius,[23]) ohne sie jedoch näher zu begründen. Wenn Olshausen[24]) auch Reiffel[25]) als Vertreter der gleichen Meinung zitiert, so ist dies nicht richtig. Reiffel erklärt a. a. O. es durchaus nicht für gesetzlich geboten, auch ein noch nicht rechtskräftiges früheres Urteil bei Fällung eines Nachtragserkenntnisses zu verwerten, sondern er hält es nur für gesetzlich *zulässig*, schon vor Eintritt der Rechtskraft des früheren Urteils sofort eine Gesamtstrafe auszusprechen.

Sicherlich läßt sich aus dem materiellen Rechte kein Grund herleiten, der der Verwendung eines noch nicht rechtskräftigen Strafurteils zu einer Entscheidung aus § 79 StGBs entgegenstünde. Jedoch sprechen schwerwiegende prozessuale Bedenken gegen die Berücksichtigung einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung. Wenn ein nicht rechtskräftiges Urteil zur Bildung einer Nachtragsentscheidung herangezogen wird, so kann dies ganz unerträgliche Folgen nach sich ziehen.[26]) Nehmen wir zunächst an, die Nachtragsentscheidung würde unter Berücksichtigung der früher erkannten Strafe gefällt, aber ohne Rücksicht darauf, ob diese rechtskräftig werden wird oder nicht. Dann wird, wenn das erste Urteil nachträglich aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen wird, der Angeklagte entweder zu hoch oder zu niedrig bestraft sein. Zu hoch wird er z. B. bestraft sein, wenn in dem zweiten Urteil auf eine Gesamtstrafe, die die Strafe des früheren Urteils in sich aufnimmt, erkannt worden ist, zu niedrig, wenn in dem zweiten Urteile eine sogenannte Zusatzstrafe ausgesprochen worden ist.[27])

Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

A. ist am 1. Februar 1900 durch die Strafkammer zu D. zu drei Jahren Gefängnis verurteilt worden. Er legt Revision ein und wird am 1. April 1900, während die Sache in der Revisionsinstanz noch schwebt, wegen eines Deliktes, begangen vor dem 1. Februar 1900, für das drei Jahre Zucht-

---

[21]) In H. H. Bd. 4 S. 235.
[22]) S. 363.
[23]) N. 5 zu § 79.
[24]) Kommentar N. 7 zu § 79.
[25]) Im GS 37 S. 495.
[26]) Solche Folgen können eintreten, mag es sich nun um die Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 StGBs — sei es in Form einer Zusatz- oder einer Gesamtstrafe — oder um die Berücksichtigung der in §§ 75/78 für die Häufung zeitiger Freiheitsstrafen gezogenen Grenzen handeln.
[27]) Wann die eine und wann die andere Form des Strafausspruchs zu wählen ist, wird unten noch zu besprechen sein.

haus verwirkt sind, abgeurteilt. Aus diesen Einzelstrafen von drei Jahren Gefängnis und drei Jahren Zuchthaus wird eine Gesamtstrafe von vier Jahren Zuchthaus gebildet. Nachträglich erfolgt Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Tat. A. ist dann zu hart bestraft.

X. wird am 1. Februar 1900 vom Schöffengerichte zu C. zu fünf Monaten Gefängnis verurteilt. Während die von ihm eingelegte Berufung noch schwebt, kommt es zur Aburteilung gegen ihn wegen einer vor dem 1. Februar 1900 begangenen Straftat vor der Strafkammer in D., die für diese Tat einen Monat Gefängnis auswirft und unter Berücksichtigung der durch das schöffengerichtliche Urteil vom 1. Februar 1900 verhängten Strafe eine Zusatzstrafe von zehn Tagen Gefängnis erkennt. Wenn nun daraufhin Freisprechung wegen der am 1. Februar 1900 abgeurteilten Tat erfolgt, so ist X. zu niedrig bestraft, denn wären ihm nicht die milderen Strafbestimmungen für die Realkonkurrenz zu gute gekommen, so wäre er zu einem Monate Gefängnis verurteilt worden.

Auch für den Fall, daß bei einer Entscheidung nach § 79 StGBs die Berücksichtigung der Höchstgrenzen der §§ 75 Abs. 3, 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StGBs in Frage kommen, kann es sehr wohl dazu kommen, daß bei Berücksichtigung eines noch nicht rechtskräftigen Urteils, das dann späterhin wieder aufgehoben wird, der Verbrecher — zwar niemals zu hoch — aber zu niedrig bestraft ist.

Auch hier mögen einige Beispiele zur Erläuterung dienen:

B. wird am 1. März 1900 von der Strafkammer zu D. wegen fahrlässiger Tötung in drei real konkurrierenden Fällen zu einer Gesamtgefängnisstrafe von sechs Jahren verurteilt. Er greift das Urteil mit der Revision an; vor Beendigung des Revisionsverfahrens wird er vom Schwurgerichte zu D. wegen Majestätsbeleidigung, begangen vor dem 1. März 1900, für die zwölf Jahre Festung als verwirkt erachtet werden, unter Berücksichtigung des Urteils vom 1. März 1900 und im Hinblick auf die Bestimmung des § 75 Abs. 3 StGBs zu 9 Jahren Festung verurteilt. Erfolgt nun nachträglich Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Straftaten, so ist B. zu niedrig bestraft.

Gegen C. wird wegen mehrerer real konkurrierenden Uebertretungen, für die insgesamt zwei Monate Haft verwirkt sind, unter Berücksichtigung eines früheren, ebenfalls auf zwei Monate Haft lautenden, noch nicht rechtskräftigen Strafurteils auf einen weiteren Monat Haft erkannt. Falls dann auch nur wegen eines Teils der früheren Uebertretungen Freisprechung erfolgt, ist C. zu mild bestraft.

D. wird wegen mehrerer real konkurrierenden Verbrechen und Vergehen neben Freiheitsstrafen auch zu insgesamt fünftausend Mark Geldstrafe verurteilt, für die ein Jahr sechs Monate Gefängnis als Ersatzstrafe ausgeworfen werden. Vor Rechtskraft dieses Urteils wird D. wegen mehrerer vor diesem Urteile verübten Verbrechen und Vergehen neben anderen Strafen abermals zu insgesamt fünftausend Mark Geldstrafe verurteilt. Als Ersatzstrafe werden im Hinblick auf das frühere Urteil und mit Rücksicht auf § 78 Abs. 2 StGBs nur sechs Monate Gefängnis festgesetzt. Sollte nun das frühere Urteil aufgehoben werden und die Geldstrafe wegfallen, so würde D., was die Ersatzstrafe des zweiten Urteils anlangt, ebenfalls zu niedrig bestraft sein.

War nun in allen diesen Fällen das spätere Urteil zu der Zeit, als die Freisprechung wegen der früher abgeurteilten Straftaten erfolgte, bereits rechtskräftig, so ist dieses Urteil zwar formell unangreifbar, sachlich aber, weil auf einem anderen, nicht mehr bestehenden Urteile beruhend, hinfällig, ein Mißstand, dessen Beseitigung unmöglich erscheint.[28]) Mit Olshausen[29]) anzunehmen, daß in einem solchen Falle nur die in dem späteren, rechtskräftig gewordenen Urteile erkannte Gesamtstrafe außer Anwendung trete, während die erkannte Einzelstrafe zur Vollstreckung gelangen müsse, erscheint nicht angängig. In der Urteilsformel ist nur auf die Gesamtstrafe bezw. Zusatzstrafe „erkannt“; nur die in der Urteilsformel erkannte Strafe kann nach § 483 der StPO vollstreckt werden. Schon aus diesem Grunde erscheint der von Olshausen vorgeschlagene Ausweg nicht gangbar.

Um den Eintritt derartiger Folgen zu verhindern, schlagen die Vertreter der gegnerischen Meinung als Auskunftsmittel vor, die Urteilsformel so zu fassen, daß sowohl für den Fall, daß das frühere Urteil rechtskräftig wird, als auch für den Fall, daß das frühere Urteil eine Abänderung erleidet, eine Entscheidung getroffen wird.[30]) Hierbei soll nach Oppenhoff-Delius a. a. O. in folgender Weise verfahren werden:

Der zweite Richter spricht die Strafe für die von ihm abzuurteilende Tat selbständig aus und trifft gleichzeitig Verfügung, welche Gesamtstrafe eintreten solle für den Fall, daß die frühere Verurteilung rechtskräftig wird.

---

[28]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrRs S. 294 N. 3 zu § 79. — Harseim im GS 27 S. 471. — Reiffel im GS 37 S. 488.

[29]) Vorbestr. S. 56, 57.

[30]) So Olshausen, Vorbestr. S. 56, 73, dem sich Merkel in H. H. Bd. 4 S. 235 anschließt, ebenso Oppenhoff-Delius N. 5 zu § 79.

Auch diese Lösung erscheint verfehlt. Einmal würde man auf diese Weise, — wie noch näher auszuführen ist —, durchaus nicht immer zum Ziele gelangen, und dann erscheint ein derartiges bedingtes Urteil überhaupt schlechthin unzulässig. Nach § 259 Abs. 1 Satz 2 der StPO kann das Urteil nur auf Freisprechung, Verurteilung oder Einstellung des Verfahrens lauten. Unter Verurteilung im Sinne dieses Paragraphen kann nur eine unbedingte Verurteilung verstanden werden. Das Endurteil verlangt seinem Wesen nach einen positiven, endgültigen, lediglich auf eigener Grundlage beruhenden Ausspruch;[31]) es würde dem Charakter eines Endurteiles durchaus widersprechen, wenn seine Wirksamkeit von dem Eintritte einer Bedingung abhängig gemacht würde. Eine positive Bestimmung, die ein derartiges bedingtes Urteil zuließe, findet sich in der Strafprozeßordnung nicht, und ohne eine positive Bestimmung dieses Inhaltes wird man die Zulässigkeit eines hypothetischen Urteils schlechthin verneinen müssen.[32])

Eine andere Meinung vertritt allerdings das Reichsgericht. In einer Reihe von Entscheidungen hat es zum mindesten für zulässig erklärt, ein noch nicht rechtskräftiges Urteil zur Fällung einer Nachtragsentscheidung heranzuziehen, falls nur für den Fall der Abänderung des früheren Urteils Vorsorge getroffen wird. Nur aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit empfiehlt es, die neu zu erkennende Strafe ohne Rücksicht auf das früher ergangene, noch nicht rechtskräftige Urteil auszusprechen und das Weitere einem Verfahren nach § 492 der StPO zu überlassen.

Auf diesem Standpunkte stehen die Urteile
des II. Senats vom 31. Januar 1882 R. 4 S. 102,
des Ferienſenats vom 27. Juli 1883 R. 5 S. 523,
des III. Senats vom 14. März 1887 R. 9 S. 177
und des IV. Senats vom 18. November 1892 J. W. 1892, 498[7]. —
Die Urteile
des III. Senats vom 6. Juli 1881 E. 5 S. 1 und
des II. Senats vom 4. Oktober 1881 R. 3 S. 592,
die verschiedentlich[33]) als übereinstimmend mit den oben an-

---

[31]) Vgl. RG III 6. 7. 81. E. 5 S. 1 ff.

[32]) So Bennecke-Beling S. 394 Anm. 9. — Olshausen, Kommentar N. 7 zu § 79. — Reiffel im GS 37 S. 483, 484. — Schwarze im GS 34 S. 620, der allerdings nur bemerkt, daß die vorherrschende Meinung eine nur hypothetische Auferlegung der Gesamtstrafe für unangemessen hält.

[33]) So von Olshausen, Kommentar N. 7 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 5 zu § 79.

geführten zitiert werden, stimmen in Wirklichkeit mit diesen nur insoweit überein, als sie es ebenfalls aus Gründen prozessualer Zweckmäßigkeit für zulässig erklären, ein noch nicht rechtskräftiges Urteil im Falle des § 79 StGBs zunächst außer Betracht zu lassen und die Bildung der Gesamtstrafe einem Verfahren nach § 492 der StPO zu überlassen. Im übrigen machen gerade diese Urteile gegen die bedingte Fassung der Urteilsformel schwere Bedenken geltend, ohne allerdings die Konsequenz zu ziehen, daß ein bedingtes Urteil zu verwerfen ist.

Selbst wenn man aber die Möglichkeit eines bedingten Urteils zugeben wollte, so würden doch noch Schwierigkeiten genug verbleiben, die sich aus der möglichen Aenderung des früheren, noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses ergeben, und die sich durch „präzise Tenorierung" — wie sie Olshausen fordert — keineswegs aus der Welt schaffen lassen. Wird das frühere Urteil entweder in der höheren Instanz vernichtet, und der Angeklagte freigesprochen, oder wird es in vollem Umfange aufrechterhalten, so ist, wenn die frühere Verurteilung nur wegen einer Straftat erfolgt ist, die Abfassung des eventuellen Erkenntnisses allerdings einfach: es sind nur zwei Möglichkeiten zu berücksichtigen. Ganz anders aber gestaltet sich die Sachlage, wenn nicht eine, sondern mehrere strafbare Handlungen den Gegenstand der früheren Aburteilung bildeten, da — wie schon Olshausen[34]) hervorhebt —

„alsdann die Möglichkeit der Abänderung oder der Bestätigung hinsichtlich einer jeden einzelnen berücksichtigt werden muß."

„Doch werden sich" — fährt Olshausen a. a. O. kurz darauf fort — „Verwirrungen und Verwickelungen durch eine präzise Tenorierung fernhalten lassen."

Ein derartiges Verfahren würde aber zu ganz unerträglichen Ergebnissen führen, da mit dem Wachsen der Zahl der der früheren Verurteilung zu Grunde liegenden Straftaten die Anzahl der möglichen, in dem eventuellen Urteile sämtlich zu berücksichtigenden Kombinationen rasch ins ungemessene wächst. Nehmen wir z. B. an, die frühere Verurteilung sei wegen fünf real konkurrierender Straftaten erfolgt, für jede von denen eine andere Einzelstrafe ausgeworfen worden sei. Dann wären — wenn man immer nur die Kombinationen in Betracht zieht, die dadurch entstehen können, daß wegen eines oder mehrerer der fünf Delikte Freisprechung erfolgt — bereits 32 verschiedene Möglichkeiten in dem zweiten Urteile zu berücksichtigen. Um-

[34]) Vorbestr. S. 73, 74.

faßt die frühere Verurteilung 10 mit verschiedenen Strafen belegte Delikte, so würden die Kombinationsmöglichkeiten 1024 betragen.[35]) Eine Urteilsformel, die allen diesen Möglichkeiten gerecht werden wollte, würde sich als ein wahres Monstrum darstellen. Das Streben nach höchster Genauigkeit führt hier zur Absurdität.

Sollte die in dem früheren Urteile ausgesprochene Strafe weder aufgehoben, noch aufrechterhalten, sondern erhöht oder herabgesetzt werden, so liegt es auf der Hand, daß für diesen Fall in dem zweiten Urteile nicht für alle Möglichkeiten im Voraus die Strafen ausgeworfen werden können. Das bedingte Urteil versagt alsdann vollständig. Oppenhoff-Delius[36]) und Olshausen,[37]) der sich auf Oppenhoff beruft, wollen, daß in einem solchen Falle der Richter der höheren Instanz, der die in dem ersten Urteile getroffene Entscheidung teilweise abändert, wiederum das den anderen Fall betreffende Erkenntnis in ganz gleicher Weise berücksichtigt und eventuell in Betreff der Gesamtstrafe Verfügung trifft. Es könnte demnach geschehen, daß eine ganze Reihe von bedingten Urteilen nach einander erginge. Setzen wir folgenden Fall:

A. wird am 1. Februar 1908 vom Schöffengerichte zu D. wegen zweier real konkurrierender Straftaten zu einer Gesamtstrafe von drei Monaten Gefängnis verurteilt, der zwei Einzelstrafen von je zwei Monaten Gefängnis zu Grunde liegen. Er legt gegen dieses Urteil rechtzeitig Berufung ein. Am

---

[35]) Die Anzahl der sich in jedem Falle ergebenden Kombinationsmöglichkeiten läßt sich nach folgender Formel berechnen, die ich der Liebenswürdigkeit des Herrn stud. math. G. Sohrmann in Dresden verdanke:

$$x = 1 + n + \frac{n(n-1)}{2} + \frac{n(n-1)(n-2)}{2 \cdot 3} + \frac{n(n-1)(n-2)(n-3)}{2 \cdot 3 \cdot 4}$$

$$+ \text{usw.} \cdots\cdots \text{bis} + \frac{n(n-1)(n-2)(n-3) \cdots\cdots \cdot (n-[n-1])}{2 \cdot 3 \cdot 4 \cdots\cdots \cdot n}$$

x = Anzahl der Kombinationsmöglichkeiten.
n = Anzahl der Einzelstrafen des ersten Urteils.

Die Additionsreihe der Brüche ist in jedem einzelnen Falle soweit fortzusetzen, daß das letzte Glied im Zähler $= n - (n-1) = \underline{1}$ wird, das letzte Glied im Nenner $= \underline{n}$ wird.

z. B. $n = 5$

$$x = 1 + 5 + \frac{5 \cdot 4}{2} + \frac{5 \cdot 4 \cdot 3}{2 \cdot 3} + \frac{5 \cdot 4 \cdot 3 \cdot 2}{2 \cdot 3 \cdot 4} + \frac{5 \cdot 4 \cdot 3 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 3 \cdot 4 \cdot 5}$$

$$x = 1 + 5 + 10 + 10 + 5 + 1.$$

$$x = 32.$$

[36]) N. 5 zu § 79.
[37]) Vorbestr. S. 73.

1. April 1908 wird A. vom Schöffengerichte zu C. abgeurteilt wegen einer Straftat, die er im Januar 1908 begangen hat. Das Schöffengericht zu C. verurteilt ihn zu zwei Monaten Gefängnis und bildet unter Berücksichtigung des ersten, noch nicht rechtskräftigen Urteils vom 1. Februar 1908 bedingungsweise eine Gesamtstrafe von vier Monaten Gefängnis. Auch gegen dieses Urteil legt A. rechtzeitig Berufung ein. Bevor nun auf dieses Rechtsmittel hin in höherer Instanz entschieden wird, kommt es zur Verhandlung und Entscheidung über die gegen das erste Urteil vom 1. Februar 1908 eingelegte Berufung. Nehmen wir an, die Entscheidung des ersten Urteils werde ganz oder teilweise abgeändert. Soll da wirklich das Berufungsgericht aus der Strafe, die es neu verhängt, und aus der noch nicht rechtskräftigen Strafe des zweiten Urteils vom 1. April 1908 bedingungsweise eine neue Gesamtstrafe bilden können, auch auf die Gefahr hin, daß nicht nur die in dem zweiten Urteile vom 1. April 1908 erkannte Strafe herabgesetzt werden kann, sondern daß auch die eigene Entscheidung auf eingelegte Revision hin eine Aenderung erleiden kann? Und soll das Gericht, das über die gegen das zweite Urteil eingelegte Berufung entscheidet, und die Entscheidung des zweiten Urteils abändert, wiederum die noch nicht rechtskräftige, durch das erste Berufungsurteil festgesetzte Strafe zur Bildung einer weiteren Gesamtstrafe heranziehen? Ein wahrer Rattenkönig von bedingten Urteilen kann auf diese Weise zustande kommen.

Selbst wenn also das bedingte Urteil nicht grundsätzlich zu verwerfen wäre, — wie dies in der Tat der Fall ist[38]) —, so führt doch — wie eben gezeigt — der Ausweg, den es eröffnet, in einen Labyrinth, aus dem kein Ariadnefaden herausführt. —

Die Einwendung Olshausens, dadurch, daß nicht schon bei der späteren Verurteilung frühere, wenn auch noch nicht rechtskräftige Verurteilungen zur Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen würden, werde der Verurteilte geradezu in seiner Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln beschränkt, erscheint nicht stichhaltig. Gegen den Beschluß, der nachträglich auf Grund von § 492 der StPO eine Gesamtstrafe festsetzt, steht dem Verurteilten das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Allerdings würde er bei einem Schöffengerichtsurteile, das die frühere noch nicht rechtskräftige Verurteilung zu Bildung einer Gesamtstrafe mit herangezogen hat, dieses auch soweit es die Gesamtstrafe betrifft, sowohl mit der Berufung, als auch noch

---

[38]) Zu vergl. hierüber auch RG IV. 8. 4. 02. J. W. 1902 S. 570[6].

mit der Revision, also mit zwei Rechtsmitteln anfechten können, während bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe durch Beschluß nur einmal das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist (§ 352 Abs. 2 der StPO). Eine unzulässige Benachteiligung des Verurteilten kann indessen hierin nicht gefunden werden. Niemandem kann das Recht zugestanden werden, ein Verfahren zu fordern, das ihm möglichst zahlreiche Rechtsmittel gewährleistet. Wer ein überweisungsfähiges Vergehen begangen hat, kann auch nicht verlangen, daß der Staatsanwalt die an sich mögliche Ueberweisung beantrage; er muß sich bei dem Verluste des Rechtsmittels der Berufung bescheiden, wenn der Staatsanwalt die Eröffnung des Hauptverfahrens vor der Strafkammer beantragt.

Das Ergebnis dieser Erwägungen ist: Aus strafprozessualen Gründen muß es als unzulässig abgelehnt werden, für die Bildung eines Nachtragserkenntnisses ein noch nicht rechtskräftiges Urteil zu verwerten; es ist vielmehr nur ein rechtskräftiges Erkenntnis geeignet, eine sichere Grundlage für die Fällung einer derartigen Nachtragsentscheidung zu bilden.

Zu dem gleichen Ergebnisse gelangen auch Bennecke-Beling,[39]) Binding,[40]) — der in dem Umstande, daß § 492 der StPO gleichfalls die Rechtskraft sämtlicher Strafurteile ausdrücklich erfordert, eine weitere Bestätigung der hier vertretenen Meinung erkennt —, ferner Frank,[41]) Harseim,[42]) Olshausen,[43]) Otto,[44]) Schütze,[45]) Schwarze,[46]) von Schwarze[47]) und endlich auch der I. Senat des Reichsgerichts in seinem Urteile vom 5. Oktober 1899.[48])

Finger[49]) erklärt es zwar für richtiger, Rechtskraft des früheren Urteils zu fordern, verwirft aber das Auskunftsmittel des bedingten Urteils nicht. Erwähnt sei schließlich noch, daß Löwe-Hellweg[50]) der vom Reichsgerichte in der überwiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen entwickelten Ansicht beitritt, und daß Rüdorff-Stenglein[51]) in Anlehnung an die Praxis des

---

39) S. 394 Anm. 9.
40) Grundr. d. StrRs S. 294, N. 3 zu § 79.
41) II, 1 zu § 79.
42) GS 27 S. 470/71.
43) Kommentar N. 7 zu § 79.
44) Annal. des Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 152.
45) S. 202 Anm. 19.
46) GS 34 S. 620.
47) N. 4 zu § 79.
48) E. 32 S. 278.
49) Bd. 1 S. 552.
50) N. 1 b zu § 492.
51) N. 13 zu § 79.

Reichsgerichts unter Vermeidung einer grundsätzlichen Entscheidung die ganze Frage scheinbar lediglich nach dem Gesichtspunkte der größeren oder geringeren praktischen Zweckmäßigkeit beantworten will.

§ 4.

Die Begehungszeit der später abzuurteilenden Straftat.

Die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe setzt weiter voraus, daß eine Straftat zur Aburteilung vorliegt, die vor der früheren Verurteilung begangen worden ist.

Hiermit ist die zeitliche Grenze gezogen, bis zu der die nachträglich abzuurteilende strafbare Handlung begangen sein muß, um in einem Nachtragserkenntnisse nach § 79 StGBs berücksichtigt werden zu können.

Diese zeitliche Grenze bildet die frühere Verurteilung.

Nach mehreren Richtungen hin sind Zweifel möglich, welcher Zeitpunkt damit gemeint sei. Die wichtigste Frage ist die, ob der Moment der Verkündung oder der der Rechtskraft des früheren Straferkenntnisses maßgebend sei: Sie ist, wie jetzt allgemein angenommen wird,[52]) dahin zu beantworten, daß die Verkündung des Schuld und Strafe aussprechenden Erkenntnisses der maßgebende Zeitpunkt ist. Es findet also der § 79 StGBs auf Straftaten, die in der Zeit nach der Verkündung, aber vor dem Eintritte der Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen worden sind, keine Anwendung.

Dem § 79 StGBs liegt der Gedanke zu Grunde, daß dem Verbrecher die aufeinanderfolgende Aburteilung seiner Straftaten nicht schaden solle, falls deren gleichzeitige Aburteilung möglich gewesen wäre (vergl. § 1). Der § 79 des StGBs setzt also zu seiner Anwendbarkeit voraus, daß der das frühere Erkenntnis aussprechende Richter theoretisch die Möglichkeit gehabt hat, auch über die erst später zur Aburtei-

---

[52]) So Binding, Grundr. d. StrRs S. 295, N. 6 zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 550. — Frank, II, 1 zu § 79. — Geyer 1 S. 190. — Ders. in H. Rl. Bd. 2 S. 508. — Hälschner Bd. 1 S. 692. — Harseim im GS 27 S. 466. — von Liszt S. 247. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 234, 235. — Meyer-Allfeld S. 363. — Olshausen, Vorbestr. S. 47 ff. — Ders., Kommentar N. 6 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74. — Otto, Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 152. — Schwarze im GS 34 S. 617. — von Schwarze, N. 2 zu § 79. — Ebenso das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung, vgl. z. B. RG I 10. 1. 81. E. 3 S. 213. — RG III 12. 1. 81. A. 3 S. 131. — RG III 3. 7. 02. Sörgel, Das Recht. 1902. S. 464.

lung gelangenden Straftaten mit zu erkennen.[53]) Diese Möglichkeit hat der frühere Richter aber nur hinsichtlich der Straftaten, die begangen sind bis zu dem Augenblicke, in dem er sein Erkenntnis verkündet, denn mit der gemäß § 267 der StPO erfolgten Verkündung des Urteils wird für ihn seine eigene Entscheidung unabänderlich.[54]) Auf Straftaten, die zwar noch vor Eintritt der Rechtskraft seines Erkenntnisses, aber nach dessen Verkündung begangen werden, hätte sich dagegen niemals sein Urteil erstrecken können.

Neben dieser ausschlaggebenden Erwägung spricht noch ein anderer Grund dafür, daß mit der Verkündung des ersten verurteilenden Erkenntnisses die Grenze gezogen ist für die Begehung der nach § 79 StGBs nachträglich zu berücksichtigenden Straftaten. Mit dem Ausspruche von Schuld und Strafe ergeht eine gewichtige Warnung an den Verurteilten, sich in Zukunft verbrecherischen Tuns zu enthalten. Diese Warnung erfolgt — in der Regel wenigstens — der Natur der Sache nach bereits mit der Verkündung des auf Strafe lautenden Urteils, nicht aber erst, wenn dieses die Rechtskraft beschreitet. Aus diesem Grunde wäre es ungerechtfertigt, die Nachsicht der §§ 74 bis 78 StGBs dem Verbrecher zu gewähren, der nach Verkündung, aber vor Rechtskraft des auf Strafe lautenden Urteils erneut eine Straftat begeht.[55]) Der Verurteilte, der sich dem Strafurteile unterwirft oder doch kein Rechtsmittel dagegen einwendet, würde ungünstiger gestellt sein als der Verurteilte, der den Eintritt der Rechtskraft durch Einlegung von Rechtsmitteln hinausschiebt,

---

[53]) Nur auf das zeitliche Verhältnis der real konkurrierenden Delikte kommt es an, wie Binding, Grundr. d. StrRs S. 295 N. 6 mit Recht hervorhebt. Die Verschiedenheit der örtlichen und sachlichen Kompetenzgründe ist unerheblich. Selbstverständlich ist bei alledem, daß, wenn gesagt wird, der erste Richter müsse die Möglichkeit gehabt haben, das frühere Delikt zu berücksichtigen, darunter nur verstanden werden darf, daß die frühere Tat bis zum Augenblicke der Urteilsverkündung begangen sein muß, daß also nur eine gedachte Möglichkeit der Berücksichtigung vorzuliegen braucht. In der Praxis wird auch der an sich kompetente Richter aus prozeßrechtlichen Gründen häufig nicht in der Lage sein, Straftaten, die der von ihm abzuurteilende Täter kurz vor der Urteilsfällung begeht, in seinem Urteile zu berücksichtigen, selbst wenn sie ihm bekannt sind. Vielfach wird in solchen Fällen noch nicht einmal die Anklage wegen der späteren Straftat erhoben sein.

[54]) Auch beim schwurgerichtlichen Urteile bildet die Verkündung des Urteils die Grenze, und nicht bereits die Verlesung des den Angeklagten schuldig sprechenden Wahrspruches der Geschworenen.

[55]) von Buri, Einh. und Mehrh. S. 119. — Harseim im GS 27 S. 469. — Olshausen, Vorbestr. S. 54. — Schwarze im GS 34 S. 619. — RG I 10. 1. 81. E. 3 S. 213.

insofern diesem die Anwendung der milderen Strafbestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs auf neuerlich zu begehende Straftaten länger gewahrt bliebe als jenem. Falls in dem ersten Urteile bereits eine der für Konkurrenzfälle vorgesehenen Höchststrafen der §§ 74 Abs. 3, 75 Abs. 3, 77 Abs. 2 StGBs ausgesprochen worden sein sollte, so würde, wenn erst die Rechtskraft der früheren Verurteilung die Anwendbarkeit des § 79 StGBs ausschließen würde, dem Verbrecher für alle Straftaten, die er zwischen Verkündung und Rechtskraft des ersten Urteils begehen würde, das Privilegium der Straflosigkeit gewährt werden, dafern diese Straftaten mit Strafen bedroht sind, die sich zur Bildung einer Gesamtstrafe im engeren oder weiteren Sinne eignen.[56])

Die gegenteilige Meinung, daß § 79 StGBs Anwendung leide auf alle Straftaten, die bis zur Rechtskraft der früheren Verurteilung begangen werden, wurde hauptsächlich vertreten von Schütze,[57]) Rubo[58]) und dem ehemaligen preußischen Obertribunal.[59])

Schütze und ebenso das preußische Obertribunal trennen, wie ihnen Olshausen[60]) mit Recht zum Vorwurf macht, die hier zur Entscheidung stehende Frage nicht scharf von der bereits behandelten Frage, ob die Rechtskraft der früheren Verurteilung zu fordern sei, damit diese zur Bildung einer Gesamtstrafe herangezogen werden könne. Schütze führt aus:

„Der § 79 spricht zwar nur von Verurtheilung, scheint aber den Zeitpunkt nicht der Verkündung, sondern der Rechtskraft zu meinen. Diese Auslegung ist die günstigere und erst rechtskräftig gewordene Verurtheilung scheint geeignet, die Grundlage für eine Nachtrags-(Zusatz-)Strafe abzugeben."

Das in dubiis benignius kann jedoch hier nicht durchschlagend sein, da etwaige Zweifel über den vom Gesetzgeber gemeinten Zeitpunkt im Hinblick auf den dem § 79 StGBs zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken beseitigt erscheinen.[61]) Und wenn man auch der weiteren Ausführung, daß nur eine rechtskräftige Verurteilung eine sichere Grundlage für eine Nachtragsentscheidung abzugeben geeignet ist, an sich durchaus zustimmen muß, so kann man doch diese Erwägung für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht verwerten. Denn hier handelt es sich um die Zeit der Begehung der später

---

[56]) Vgl. Schwarze im GS 34 S. 619 f.
[57]) S. 201, 202 Anm. 19.
[58]) N. 4 zu § 79.
[59]) Entsch. v. 16. 10. 72, Rechtspr. Bd. 13 S. 529.
[60]) Vorbestr. S. 46.
[61]) Vorbestr. S. 54.

abzuurteilenden Straftat, dort um die prozessuale Lage, in der die frühere Untersuchungssache sich befinden muß, um einer Nachtragsentscheidung als Grundlage zu dienen.

Rubo rechtfertigt a. a. O. seinen Standpunkt mit der Erklärung, daß eine Verurteilung erst dann als erfolgt zu erachten sei, wenn sie rechtskräftig geworden sei. Denn das Strafgesetzbuch stelle die Verurteilung nicht der Verkündung eines Straferkenntnisses gleich. Letzterer Ausdruck sei in § 64 StGBs gebraucht, und der verschiedene Ausdruck lasse auf verschiedenen Sinn schließen. Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Mit dem gleichen Rechte könnte man unter Bezugnahme auf §§ 5 Ziffer 1, 36, 93, 190 StGBs behaupten, daß das Strafgesetzbuch dann, wenn es auf die rechtskräftige Beendigung eines Strafverfahrens ankommt, dies expressis verbis erklärt, und aus dem Mangel einer derartigen ausdrücklichen Beifügung in § 79 StGBs auf das Gegenteil der Ruboschen Folgerung schließen.

Ebensowenig überzeugend ist die Begründung, die das vormalige preußische Obertribunal in der oben angezogenen Entscheidung für seine Auffassung bringt. Das Obertribunal geht davon aus, daß die Verbüßung, die Verjährung oder der Erlaß der früher erkannten Strafe die Grenze sei für die bei Aburteilung real konkurrierender Straftaten nach § 74 StGBs zu gewährenden Nachsicht. Die Möglichkeit, daß die früher abgeurteilte Untersuchungssache eins dieser Stadien erreiche, sei aber nur dann gegeben, wenn das frühere Straferkenntnis die Rechtskraft beschritten habe. Daher sei der § 79 StGBs auf alle Straftaten anzuwenden, die bis zum Eintritte der Rechtskraft des früheren Strafurteils — als der Bedingung der Strafverbüßung pp. — begangen würden.

Olshausen[62]) hat klar nachgewiesen, daß diese Auffassung unhaltbar ist und auch in den Motiven zu § 77 (79) des Entwurfs III, auf die sich das preußische Obertribunal beruft, keine Stütze findet. Das Obertribunal wirft, wie Olshausen a. a. O. ausführt, Verschiedenartiges zusammen. Es erkennt nicht, daß der § 79 StGBs in zweifacher Hinsicht Grenzen zieht: eine für die Begehung der noch abzuurteilenden Handlung, und eine für die Verurteilung wegen dieser selbst. Hier handelt es sich um die Frage, welcher Zeitpunkt unter dem Ausdrucke „frühere Verurteilung" zu verstehen sei; dieser Zeitpunkt hat aber mit der Verbüßung pp. der durch ebendiese frühere Verurteilung erkannte Strafe schlechterdings nichts

---

62) Vorbestr. S. 49 ff. Aus denselben Gründen wie Olshausen verwirft RG I, 10. 1. 81, E. 3 S. 213 die Ansicht des Obertribunals.

zu tun. Der § 79 StGBs zieht die Grenze seiner Anwendbarkeit dahin, daß die Verbüßung, die Verjährung oder der Erlaß der früheren Strafe die nachträgliche Anwendung der Bestimmungen der §§ 74/78 StGBs ausschließt, beschränkt mithin zeitlich die Zulässigkeit des Erlasses des Nachtragserkenntnisses auf den Zeitraum, während dessen die früher erkannte Strafe noch unerledigt ist. Hieraus zu schließen, daß die Grenze für die Begehung der nach § 79 StGBs zu berücksichtigenden Straftaten der Zeitpunkt der Rechtskraft des früheren Straferkenntnisses als der Bedingung für die Verbüßung pp. der früheren Strafe sei, ist logisch durch nichts geboten, auch findet dieser Schluß im Wortlaute des Gesetzes nicht die mindeste Stütze.[63])

Es ist also grundsätzlich die am Schlusse der Hauptverhandlung erfolgende Verkündung des Strafurteils als zeitliche Grenze für die Begehung nachträglich zu berücksichtigender Straftaten anzusehen. Bereits mit der Verkündung des Urteilstenors ist die Grenze gezogen, denn mit diesem Momente ist für den Richter seine Entscheidung unabänderlich geworden: es liegt auch keine gedachte Möglichkeit für ihn vor, während der Eröffnung der Entscheidungsgründe von dem Angeklagten etwa begangene Straftaten noch mit zu berücksichtigen.

Zweifeln könnte man, ob die Verkündung auch die Grenze bildet bei den Straferkenntnissen, die in Abwesenheit des Angeklagten ergehen und daher der Zustellung bedürfen, oder ob etwa betreffs dieser der Zeitpunkt der Zustellung maßgebend sei. Es sind dies die Urteile, die ergehen:

1. gegen einen Angeklagten, der sich aus der Hauptverhandlung entfernt hat, gemäß § 230 Abs. 2 der StPO,
2. in einem Verfahren gegen einen Abwesenden gemäß §§ 318 ff der StPO,
3. gegen einen ausgebliebenen Angeklagten gemäß § 231 der StPO,
4. gegen einen gemäß § 232 der StPO von der Verpflichtung zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbundenen Angeklagten und
5. gegen Militärabsenten gemäß §§ 470 ff der StPO.

---

[63]) Meves in StrZ 13 S. 171 erklärt die hier bekämpfte Auffassung des Obertribunals für „theoretisch richtiger" als die andere Meinung, gesteht aber zu, daß die Auffassung des Obertribunals „nicht bloß vielfache praktische Schwierigkeiten im Gefolge hat, sondern auch in ihrer Ausführung oft genug den Intentionen des Gesetzgebers entgegentreten wird, Folgen, die zwar auch bei der gegentheiligen Auslegung des § 79, jedoch sicher in geringerem Grade auftreten werden."

Sinngemäß wird man dahin entscheiden müssen, daß auch hier der Zeitpunkt der mündlichen Verkündung des Strafurteils maßgebend ist. Auch wenn das Urteil gegen einen Abwesenden ergeht, wird es mit der Verkündung für den es erlassenden Richter unabänderlich; nur bis zum Momente der Verkündung begangene Straftaten hätte der Richter in seinem Urteile mit berücksichtigen können. — Eine Warnung freilich ergeht hier mit der Verkündung des Strafurteils an den Verurteilten nicht. Bei Urteilen dieser Art, die sämtlich auf Grund strafprozeßrechtlicher Ausnahmebestimmungen ergehen, muß die Erwägung, daß durch die Verurteilung an den Täter ein memento ergeht, für die Beantwortung der hier zu entscheidenden Frage hinter dem ausschlaggebenden gesetzgeberischen Gedanken zurücktreten, der spätere Richter habe sich auf den Standpunkt des ersten Richters zu stellen. Daraus folgt, daß auch bei diesen Arten von Urteilen der Zeitpunkt der Verkündung die Grenze bildet für die Begehung nachträglich nach § 79 StGBs abzuurteilender Straftaten.

Anders liegt die Sache, wenn die früher erkannte Strafe nicht durch ein Urteil, sondern durch einen Strafbefehl (§§ 447 ff d. StPO) festgesetzt worden war. In einem solchen Falle ist der Augenblick der Zustellung der maßgebende Zeitpunkt. Erst mit diesem Augenblick, — nicht etwa schon mit der Unterzeichnung des schriftlichen Entwurfs in den Akten —, wird für den Richter die in dem Strafbefehle erlassene Entscheidung unabänderlich; bis dahin führt der Strafbefehl nur ein papierenes Dasein in den Akten.[64]) Ebenso wird der Zeitpunkt der Zustellung dann maßgebend sein, wenn die frühere Strafe durch eine polizeiliche Strafverfügung oder durch einen Strafbescheid der Verwaltungsbehörde festgesetzt worden ist. Von großer praktischer Bedeutung ist übrigens die vorliegende Frage in keinem der drei zuletzt genannten Fälle; denn für die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne kann überhaupt nur eine durch einen Strafbefehl festgesetzte Gefängnisstrafe in Frage kommen; im übrigen können Strafen, die durch Strafbefehl, Strafverfügung oder Strafbescheid festgesetzt worden sind, bei einer Nachtragsentscheidung nach § 79 StGBs nur insoweit in Frage kommen, als sie zur Einhaltung der für die Höchststrafen in §§ 77 Abs. 2, 78 Abs. 2 StGBs festgesetzten Grenzen zwingen.

Abgesehen von den zuletzt genannten, in dem Wesen der in Frage kommenden besonderen Verfahrensarten begründeten

---

64) Ebenso Frank, II, 1 zu § 79. — Olshausen, Kommentar N. 6 zu § 79. — München Oberstes LG 8. 1. 01. E. 1 S. 245.

Ausnahmen bildet also die Verkündung des früheren verurteilenden Erkenntnisses die zeitliche Grenze für die Begehung von strafbaren Handlungen, die in einem Nachtragserkenntnisse gemäß § 79 StGBs zu berücksichtigen sind.

Vielfach umstritten ist die Frage, ob der Zeitpunkt der Verkündung des ersten verurteilenden Erkenntnisses auch *dann* maßgebend ist, wenn dieses verurteilende Erkenntnis in der Berufungs- oder Revisionsinstanz *aufgehoben* worden ist, darauf aber — entweder sofort gemäß § 369 Abs. 3 oder § 394 Abs. 1 der StPO — oder in dem weiteren Verfahren in erster oder in höherer Instanz eine neuerliche Verurteilung des Täters wegen derselben Tat — sei es nun auf Grund desselben oder eines anderen Strafgesetzes — erfolgt.

Auch in diesem Falle bildet die Verkündung des *ersten* verurteilenden Erkenntnisses, das gegen den Täter ergeht, die Grenze.[65]) In welcher Instanz diese Verurteilung erfolgt, ist belanglos. Der *zuerst* verurteilende Richter war nur in der Lage, die bis zum Zeitpunkte der Verkündung seines Erkenntnisses begangenen Straftaten mit zu berücksichtigen; der Umstand, daß dieses erste Straferkenntnis später zwar vernichtet, daraufhin aber, — zum mindesten zum Teil —, wiederhergestellt worden ist, kann nicht dazu führen, dem ungeachtet seiner Verurteilung erneut delinquierenden die Nachsicht der §§ 74/78 StGBs über den Zeitpunkt der ersten, zum mindesten nicht gänzlich zu Unrecht erfolgten Verurteilung zu teil werden zu lassen. Bei der Entscheidung dieser Frage dürfte der Gedanke entscheidend mit ins Gewicht fallen, daß schon der Ausspruch der Verurteilung den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen abmahnen soll, und daß der, der einer solchen Mahnung nicht gehorcht, sondern darum unbekümmert weiter delinquiert, es am allerwenigsten verdient, daß seine neue Tat nach den milderen Bestimmungen der § 74/78 StGBs abgeurteilt werde. Wenn von Buri[66]) dagegen ins Feld führt, daß ein derartiges Urteil als ein ungerechtes dem Täter nicht zur Warnung hätte dienen können, so ist dies verfehlt. Gerade das Wesentliche übersieht von Buri dabei: Für seine konkrete Tat hatte der Täter Strafe verwirkt, wie ja die der Aufhebung folgende neuerliche Verurteilung beweist; daß ihn nun für seine Tat Strafe traf, mußte unter allen Umständen eine Warnung

---

[65]) So Binding, Grundr. d. StrRs S. 295 N. 6 zu § 79. — Gerland in Kr.V.J. Schr. 45 S. 450. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 235. — Olshausen, Vorbestr. S. 53, 54. — Derf., Kommentar N. 6 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74. — von Schwarze, N. 5 zu § 79.

[66]) Einh. u. Mehrh. S. 119, 120.

für den Täter sein; der Umstand, daß der Richter prozeßrechtliche oder materiell rechtliche Vorschriften nicht richtig angewendet hat, rechtfertigt nicht die Annahme, daß der Täter sich durch das erste Urteil nicht gewarnt zu fühlen brauchte. Ebenso liegt die Sache bei der Herabsetzung der erstinstanzlichen Strafe in der Berufungsinstanz. Das wird von niemandem bestritten, und doch müßte von Buri auch in diesem Falle folgerichtig die Grenze erst als mit dem Berufungsurteile gezogen erachten, da das erste, zu harte Urteil doch auch ein „ungerechtes" war.

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen, — soweit die Aufhebung eines früheren Strafurteils in Frage kommt —, Finger,[67]) Rüdorff-Stenglein[68]) und das Reichsgericht,[69]) die sämtlich den Zeitpunkt der Verkündung des späteren verurteilenden Erkenntnisses für maßgebend erachten. Finger gibt keine Begründung seiner Ansicht. Das Reichsgericht führt in der angezogenen Entscheidung aus, daraus, daß der Zeitpunkt der Verkündung des früheren verurteilenden Erkenntnisses und nicht der Zeitpunkt seiner Rechtskraft als zeitliche Grenze anzusehen sei, dürfe nicht im Wege der Analogie gefolgert werden, daß der Zeitpunkt des ersten — später vernichteten, dann zum Teil wiederhergestellten — Urteils maßgebend sei. Warum diese Analogie auszuschließen sei, sagt das Reichsgericht nicht. Als ausschlaggebend stellt es die Erwägung hin, daß ja der spätere Richter tatsächlich in der Lage gewesen sei, auch die nach Verkündung des ersten, vernichteten Erkenntnisses bis zum Augenblicke der Verkündung seines Urteils begangenen Delikte mit abzuurteilen, und daß deshalb auf alle bis zu diesem letzteren Zeitpunkte begangenen strafbaren Handlungen die §§ 74/78 StGBs auch nachträglich noch zur Anwendung zu bringen seien. Dem wird man sicherlich nicht zustimmen können. Die tatsächliche Möglichkeit, alle bis zu seinem Urteile begangenen Delikte eines Täters — einschließlich derjenigen, die schon vorher abgeurteilt sind — in seinem Urteile zu berücksichtigen, hat der Richter stets; § 79 StGBs zieht aber eine zeitliche Grenze und bestimmt, daß dem bereits früher verurteilten und nunmehr erneut abzuurteilenden Täter die milderen Bestimmungen der §§ 74/78 StGBs nur hinsichtlich solcher Delikte zu Gute kommen sollen, die er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Der spätere Richter hat sich also auf den Standpunkt des früheren zu stellen. Wieso nun diese — allgemein anerkannte — Regel in unserem Falle den

---

[67]) Bd. 1 S. 551.
[68]) N. 8 zu § 79.
[69]) III 5. 4. 1900. E. 33 S. 231.

letzten Richter dazu zwingen soll, sich auf den Standpunkt nicht des zuerst erkennenden Richters sondern desjenigen zu stellen, der nach Vernichtung des früheren Urteils erneut verurteilt hat, darüber sagt die Entscheidung des Reichsgerichts nichts. Wenn überhaupt die Möglichkeit zuzugeben ist, daß das erste Straferkenntnis, — trotzdem daß es später vernichtet wurde —, eine Cäsur in der Reihe der von demselben Täter begangenen Delikte bewirken kann, so muß man gerade aus der vom Reichsgerichte für seine Auffassung verwerteten Erwägung heraus zu dem Schlusse gelangen, daß der Zeitpunkt der Verkündung des ersten Urteils maßgebend ist.

An letzter Stelle und nur beiläufig führt das Reichsgericht noch einen weiteren Grund für seine Auffassung an, auf den sich übrigens auch Rüdorff-Stenglein a. a. O. beruft: das erste Urteil verliere durch seine Vernichtung in höherer Instanz — abgesehen davon, daß es gemäß § 398 Abs. 2 der StPO eine reformatio in pejus unter Umständen ausschließt — seine rechtliche Existenz und könne um deswillen auch nicht einer Einschränkung des Anwendungsgebietes des § 79 StGBs dienen. Aber auch dieser Grund ist nicht durchschlagend. Als wesentlich wird daran festzuhalten sein, daß sachlich der erste Schuldspruch mindestens teilweise zu Recht ergangen ist, und daß es daher durchaus am Platze erscheint, den Zeitpunkt der Verkündung des ersten Schuldspruchs als maßgebend anzusehen.

Wird die Wiederaufnahme eines durch ein rechtskräftiges verurteilendes Erkenntnis abgeschlossenen Verfahrens verordnet, und endigt dieses Wiederaufnahmeverfahren gleichfalls mit einem Strafe festsetzenden Urteile,[70]) so bildet gleichfalls der Augenblick der Verkündung des ersten Urteils die Grenze. So die gemeine Meinung.[71])

Zu weit geht Binding,[72]) wenn er meint, die Anwendung der Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs sei auch für den Fall ausgeschlossen, daß ein in erster Instanz Freigesprochener während des weiteren Verfahrens ein Verbrechen begeht. Dieser Auffassung steht der Wortlaut des Gesetzes entgegen, das im § 79 die Grenze mit der früheren Verurteilung gezogen wissen will. Für eine Zurückziehung der Wirkung eines in

---

[70]) Ob das frühere Urteil teilweise aufgehoben wurde, ist belanglos.

[71]) So Binding, Grundr. d. StrRs S. 295 N. 6 zu § 79. — Olshausen, Kommentar N. 6 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74. — Rüdorff-Stenglein, N. 8 zu § 79. — RG I S. 4. 86. R 8 S. 253. — RG III 22. 9. 92. J. W. 1892. S. 446[4].

[72]) Grundr. d. StrRs S. 295 N. 6 zu § 79.

höherer Instanz ergehenden verurteilenden Erkenntnisses auf den Zeitpunkt der früheren Freisprechung bietet das Gesetz keine Handhabe.[73])

§ 5.

Verbüßung, Verjährung und Erlaß der früheren Strafe.

Die letzte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 79 StGBs ist die, daß die spätere Verurteilung zu einer Zeit erfolgt, zu der die durch das frühere Straferkenntnis verhängte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Im Gesetzestexte kommt dies nicht völlig korrekt zum Ausdruck, wenn gesagt wird:

„Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung .... erfolgt."

Es herrscht aber kein Zweifel, daß der Gesetzgeber, wenn er in diesem Zusammenhange von „einer" erkannten Strafe spricht, nicht eine Strafe im Gegensatze zu mehreren — gehäuften — Strafen gemeint hat, — so daß die Anwendung des § 79 StGBs schon dann ausgeschlossen wäre, wenn auch nur eine der gehäuften Strafen verbüßt, verjährt oder erlassen wäre —, sondern daß er damit die in dem früheren Urteile erkannte Strafe hat bezeichnen wollen, mag diese nun eine Einzelstrafe, eine Gesamtstrafe oder eine im Wege der Häufung gebildete Strafe sein.[74]) Korrekter würde die Stelle lauten „bevor die in einem früheren Urteile erkannte Strafe verbüßt usw. ist" nicht aber, wie Binding a. a. O. vorschlägt, „bevor die im früheren Urteil erkannte Strafe" verbüßt usw. ist, denn offenbar hat der Gesetzgeber mit Absicht den unbestimmten Artikel gewählt, um zum Ausdruck zu bringen, daß hier ein neuer Begriff eingeführt werden soll, von dem in den vorhergehenden Paragraphen noch nicht die Rede gewesen ist.

Es muß also die spätere Aburteilung erfolgen zu einer Zeit, zu der die früher erkannte Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, in welchen Fällen die eingetretene Verjährung der früheren rechtskräftig erkannten Strafe die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen ausschließt. Die §§ 70 bis 72 StGBs sind anzuwenden.

---

[73]) Ebenso Hälschner Bd. 1 S. 692 Anm. 1. — Merkel in H. H. Bd. 4 S. 235 Anm. 7. — Olshausen, Vorbestr. S. 53. — Derf., Kommentar N. 6 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 74.

[74]) Vgl. Binding, Grundr. S. 294 N. 2 zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79.

Es herrscht aber auch kein Streit darüber, wann eine Strafe als „verbüßt" und wann sie als „erlassen" im Sinne des § 79 StGBs anzusehen ist.

Verbüßt ist eine Strafe erst dann, wenn sie völlig verbüßt ist. Das ergeben klar die Motive zu § 77 (79) des Entwurfs III zum Strafgesetzbuche. Sie erklären, aus praktischen Gründen scheine es geboten, die Erteilung des Nachtragserkenntnisses auf den Fall zu beschränken, wenn die früher erkannte Strafe durch Verbüßung, Verjährung oder Erlaß noch nicht erledigt sei. „Erledigt" ist die Strafe selbstverständlich erst mit der vollendeten Verbüßung. Aber auch wenn die Motive den Willen des Gesetzgebers nicht mit dieser Deutlichkeit erkennen ließen, würde eine andere Auslegung nicht möglich sein, schon mit Rücksicht darauf, daß der Gesetzgeber es in § 245 StGBs für notwendig befunden hat, ausdrücklich zu erklären, „bestraft" im Sinne des § 244 StGBs sei auch der, der die frühere Strafe nur teilweise verbüßt hat. Ebenso die gemeine Meinung.[75])

Nach der herrschenden Meinung ist es ferner nur erforderlich, daß die Hauptstrafe verbüßt ist, damit die Anwendbarkeit des § 79 StGBs ausgeschlossen werde.[76]) Anderer Meinung ist Merkel,[77]) der den § 79 StGBs für anwendbar erklärt, solange die für eine bestimmte Frist ausgesprochene Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte dauere, da diese Entziehung einen Teil der erkannten Strafe bilde. Dem wird man sich sicherlich nicht anschließen können. Soweit Entziehung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit in Frage kommt, dürfte schon der Grund, den Oppenhoff-Delius a. a. O. anführt, durchschlagend sein, daß nämlich von einer Verbüßung dieser Nebenstrafe in dem Sinne, wie sie der § 79 StGBs erfordert, um deswillen nicht gesprochen werden kann, weil sie ohne einen äußeren Vollstreckungsakt ihre Wirksamkeit ausübt.

Daß, falls die Landespolizeibehörde von der ihr vom Richter zuerkannten Füglichkeit, den Verbrecher unter Polizeiaufsicht zu stellen, Gebrauch macht, dem Verbrecher für die Dauer der Aufsicht die Nachsicht des § 79 StGBs erhalten würde, behauptet

---

[75]) So Frank, II, 2 zu § 79. — von Liszt S. 245. — Meyer-Allfeld S. 364. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Derf., Kommentar Nr. 8 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79. — Rüdorff-Stenglein, N. 2 zu § 79. — Schütze S. 202. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.

[76]) So Geyer in HRl Bd. 2 S. 508. — Meyer-Allfeld S. 364 Anm. 36. — Olshausen, Vorbestr. S. 57. — Derf., Kommentar N. 8 Abs. 1 zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 19 zu § 79. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.

[77]) In H. H. Bd. 4 S. 236.

selbst Merkel nicht. Hier schließt schon die Natur dieser Nebenstrafe, die Binding[78]) mit Recht als eine unechte bezeichnet, die Erstreckung der Anwendbarkeit des § 79 StGBs für die Zeit ihrer Dauer aus.

Die Begründung, die Oppenhoff-Delius a. a. O. und — im Anschlusse an Oppenhoff — Olshausen an der angezogenen Stelle der Vorbestrafungen für seine — im Ergebnisse richtige — Ansicht bringt, ist, soweit Polizeiaufsicht in Frage kommt, nicht durchaus zwingend; denn ein äußerer Vollstreckungsakt — mehr fordert Oppenhoff-Delius nicht — findet, wenn die Polizeibehörde von der ihr zugesprochenen Füglichkeit Gebrauch macht, statt. Allerdings geht dieser Akt nicht von der regelmäßig zur Strafvollstreckung berufenen Behörde — der Staatsanwaltschaft oder dem Amtsrichter —, sondern von der Polizeibehörde aus.

Es gibt aber, auch soweit Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit in Frage kommt, noch einen weiteren Grund für die hier vertretene Ansicht. Die Motive des Entwurfes I und III zum Strafgesetzbuche [nämlich zu § 65 des Entwurfes I und zu § 72 des Entwurfes III] führen als einzigen Grund der milderen Bestrafung real konkurrierender Straftaten an, daß die Verbüßung sämtlicher durch sie verwirkten Freiheitsstrafen eine ungerechtfertigte Verschärfung der Strafen selbst enthalten würde, da die Schwere der Freiheitsstrafe intensiv härter wirke, je länger sie dauere. Von diesem Standpunkte aus muß man zu der Ansicht gelangen, daß in jedem Falle die Möglichkeit der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe dann ausgeschlossen ist, wenn die Hauptstrafe voll verbüßt ist, denn nach diesem Zeitpunkte, — mag auch die Nebenstrafe noch in Wirksamkeit sein —, kann, wenn von neuem auf eine Freiheitsstrafe erkannt wird, von einer unbilligen Intensitätssteigerung, die der Gesetzgeber hat vermeiden wollen, nicht mehr die Rede sein.

Unstreitig ist ferner, daß eine Strafe „erlassen" im Sinne des § 79 StGBs erst mit dem Augenblicke ist, in dem der nicht erlassene Teil der Strafe verbüßt ist, oder, falls der gesamte Strafrest erlassen ist, mit dem Zeitpunkte, zu dem der Verurteilte auf Grund des Gnadenaktes aus der Haft entlassen wird, und daß nicht etwa der Tag maßgebend ist, von dem der Gnadenakt datiert ist.[79]) Bei Erlaß einer Freiheitsstrafe vor Strafantritt und bei gnadeweisem Erlaß einer Geldstrafe ist der Zeitpunkt der Bekanntgabe des Gnadenaktes durch die Strafvollstreckungsbehörde maßgebend.

---

[78]) Grundr. d. StrRs S. 264.

[79]) So Olshausen, Kommentar N. 8 Abs. 2c zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 3a zu § 36. — von Schwarze, N. 3 zu § 79.

Bestritten ist die Frage, ob die Verbüßung einer erkannten Strafe die Anwendbarkeit des § 79 StGBs auch dann ausschließt, wenn ein später — aber vor der Verbüßung der im ersten Urteile erkannten Strafe — ergangenes Urteil, das den Delinquenten wegen Straftaten verurteilte, die vor jener ersten Verurteilung begangen waren, im Rechtsmittelwege aufgehoben wird und nunmehr — nach inzwischen erfolgter Verbüßung der im ersten Urteile erkannten Strafe, ein neues verurteilendes Erkenntnis ergeht.

Olshausen[80]) und Oppenhoff-Delius[81]) sind der Meinung, daß in einem solchen Falle dem Delinquenten die Anwendbarkeit der Grundsätze der §§ 74 bis 78 StGBs erworben sei, und daß daher trotz der inzwischen erfolgten Verbüßung der früheren Strafe diese doch in dem neuen auf Strafe lautenden Erkenntnisse gemäß § 79 StGBs zu berücksichtigen sei.

Demgegenüber steht das Reichsgericht[82]) auf dem m. E. richtigen Standpunkte, daß in solchen Fällen die Anwendbarkeit des § 79 StGBs ausgeschlossen sei. Mit Recht hebt es in der Entscheidung vom 3. Februar 1899 hervor, daß in den Motiven des Entwurfes III zum Ausdruck komme, daß bei der — im ersten Entwurfe fehlenden — Beschränkung der Zulässigkeit des Nachtragserkenntnisses auf die Zeit, zu der die frühere Strafe noch nicht verbüßt, verjährt oder erlassen sei, das Hauptgewicht auf die Erledigung der früheren Strafe gelegt sei, daß der Gesetzgeber die „abschließende Wirkung" der Verbüßung, der Verjährung und des Erlasses im Auge gehabt habe. Es sei zwar richtig, daß, falls das spätere Urteil[83]) rechtskräftig geworden wäre, die Zurückführung der durch dieses und das frühere Urteil ausgesprochenen Strafen auf eine Gesamtstrafe nach § 492 der StPO hätte erfolgen müssen; nachdem aber vor der neuen Verurteilung das frühere Strafverfahren durch Verbüßung der Strafe seinen Abschluß gefunden habe, könne § 79 StGBs nicht mehr angewendet werden. Es handle sich insoweit um eine Ungleichheit, die überall, wo real konkurrierende Straftaten nacheinander abgeurteilt würden, auch bei einem durchaus regelmäßigen Verlaufe der getrennten Behandlung eintreten könnten, und für die die Ausgleichung, soweit sie angezeigt erscheine, durch den zuletzt erkennenden Richter innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens zu suchen und in der Mehrzahl der Fälle auch zu finden sei.

---

[80]) Vorbestr. S. 59. — Kommentar, N. 9 zu § 79.
[81]) N. 21 zu § 79.
[82]) II 28. 11. 79. R. 1 S. 102. — II 3. 2. 99. E. 32 S. 7. — III 19. 11. 06. E. 39 S. 275.
[83]) In dem im zur Entscheidung vorliegenden Falle das frühere Urteil nicht berücksichtigt worden war.

Diesen Ausführungen wird man sich allenthalben anschließen können.[84])

Ob die Anwendbarkeit des § 79 StGBs dadurch berührt wird, daß vor einer anderweiten, einer aufgehobenen Verurteilung nachfolgenden Verurteilung die im ersten Urteile erkannte Strafe erlassen worden oder verjährt ist, darüber schweigen Olshausen und Oppenhoff-Delius. Nach dem oben Gesagten ist dahin zu entscheiden, daß auch, wenn die frühere Strafe auf diese Weise ihre Erledigung gefunden hat, die Anwendung des § 79 StGBs ausgeschlossen ist.[85]) [86])

[84]) Die Unbilligkeit, die darin gefunden werden kann, beruht auf dem Gesetze, das dem Verurteilten die Wohltat der §§ 74/78 nicht gewährt, wenn er die erste Strafe bereits verbüßt hat, bevor die zweite Verurteilung erfolgt. Andererseits kann diese Gesetzesvorschrift in manchen Fällen auch zu einer ungerechten Bevorzugung dessen führen, der durch Erschöpfung aller Instanzen und durch Strafaufschub- und Gnadengesuche die Strafvollstreckung möglichst weit hinausschiebt, gegenüber dem, der sich der Strafe sofort unterwirft und sie antritt. Es kann auf diese Weise sogar vorkommen, daß zwei völlig gleichschuldige Mittäter, die zwei Straftaten, die nacheinander zur Aburteilung gelangen, gemeinsam begangen haben, trotz völlig gleichen Einzelstrafen der Art und Dauer nach ungleiche Strafen zu verbüßen haben. Z. B.: A. und B. haben gemeinsam am 1. Januar 1908 einen schweren und am 10. Januar 1908 einen einfachen Diebstahl verübt. Beide werden am 1. März 1908 wegen des einfachen Diebstahls zu je zwei Monaten Gefängnis verurteilt. A. tritt die Strafe sofort an, B. erreicht durch Rechtsmitteleinlegung usw. Strafaufschub bis zum 15. Mai 1908. Am 10. Mai 1908 werden beide wegen des schweren Diebstahls zu je einem Jahre Zuchthaus verurteilt. A., der seine Gefängnisstrafe schon verbüßt hat, muß die einjährige Zuchthausstrafe voll verbüßen; gegen B. muß auf eine Gesamtzuchthausstrafe erkannt werden, die ein Jahr, einen Monat und zehn Tage nicht erreichen darf. Das mag unbillig sein, entspricht aber dem Standpunkte des geltenden Rechts.

[85]) Hinsichtlich des Erlasses der Strafe, ebenso RG II 28. 11. 79. R. 1 S. 102.

[86]) Oppenhoff-Delius bemerkt noch in N. 20 zu § 79, daß die Verbüßung pp. der früheren Strafe die Anwendbarkeit der §§ 74 bis 78 StGBs auch dann ausschließe, wenn die Strafverfolgung der später abzuurteilenden Handlung vom Verletzten ausgehe, wiewohl in einem solchen Falle eine böswillige Verzögerung der Verfolgung durch den Verletzten denkbar sei. Den Ausgleich für hieraus etwa sich ergebende Unbilligkeiten glaubt er in der möglichen Uebernahme der Verfolgung durch den Staatsanwalt, ev. in der Strafzumessung durch den Richter zu finden. — Daß in dieser Weise durch Schikane des Verletzten Unbilligkeiten sich ergeben können, ist sicher richtig, brauchte wohl aber kaum festgestellt zu werden. Schikanös verzögerte Antragsstellung bei Antragsdelikten, schikanös verzögerte Anzeige, hinausgeschoben in der ausgesprochenen Absicht, den in der Verbüßung einer Freiheitsstrafe begriffenen Verbrecher der Wohltaten der §§ 74 bis 78 StGBs nicht teilhaftig werden zu lassen, übt natürlich ebensowenig einen Einfluß auf die abschließende Wirkung der Verbüßung pp. der früheren Strafe aus.

Teil II.

Das Verfahren.

§ 6.

Allgemeines.

Beim Vorliegen der im ersten Teile dieser Abhandlung besprochenen Voraussetzungen sind nach der Bestimmung des § 79 StGBs die Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGBs noch nachträglich zur Anwendung zu bringen. Dabei ergeben sich in der Praxis mancherlei Schwierigkeiten, vor allem, wenn die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe im engeren Sinne gemäß § 74 StGBs in Frage kommt. Es soll daher noch kurz dargelegt werden, in welcher Weise der spätere Richter bei der nachträglichen Anwendung der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGBs zu verfahren hat, und zwar soll zunächst die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe im engern Sinne und dann die nachträgliche Bildung einer den Vorschriften der §§ 75 bis 78 StGBs entsprechenden gehäuften Strafe besprochen werden.

Es würde außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegen, alle die zum Teil recht interessanten Fragen zu erörtern, die sich bei der Prüfung der Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs überhaupt ergeben. Diese sollen vielmehr nur insoweit behandelt werden, als dies notwendig erscheint, um klar zu stellen, in welcher Weise sie auch nachträglich zur Anwendung zu bringen sind.

§ 7.

Die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe im engeren Sinne.

Eine nach § 79 StGBs zu bildende Gesamtstrafe muß sich innerhalb des durch § 74 StGBs festgelegten Strafrahmens halten, der folgendermaßen bestimmt ist: die Mindeststrafe bildet die schwerste Einzelstrafe — die sogen. Einsatzstrafe — vermehrt auf die nächsthöhere Strafgröße; die Höchstgrenze ist doppelt bestimmt: einmal wird sie gebildet durch die Summe der Einzelstrafen, vermindert auf die nächstniedrige Strafgröße, und ferner darf nach § 74 Abs. 3 StGBs fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis[87]) und fünfzehnjährige Festungshaft nicht überschritten werden.

---

[87]) Gegen Jugendliche kann bis auf 15 Jahre Gefängnis erkannt werden (§ 57 Z. 1 und Z. 3 StGBs).

Auch der spätere Richter muß von den Einzelstrafen ausgehen; er darf also, wenn das frühere Urteil bereits in einer Gesamtstrafe besteht, nicht etwa diese seiner Berechnung zu Grunde legen, er muß vielmehr auf die Einzelstrafen zurückgehen, aus denen die frühere Gesamtstrafe gebildet ist.

Wie sich von selbst versteht, ist das frühere — rechtskräftige — Urteil, soweit es die Schuld des Angeklagten ausspricht, schlechthin bindend für den späteren Richter, und ebenso, mit einer einzigen Ausnahme, die weiter unten zu besprechen sein wird, soweit es für das oder die früher abgeurteilten einzelnen Delikte Strafe bestimmt. So die gemeine Meinung.[88])

Hieraus ergibt sich eine Beschränkung des an sich nach § 74 StGBs gegebenen Strafrahmens für den Fall, daß in dem früheren Urteile bereits auf eine Gesamtstrafe erkannt worden war. Theoretisch würde dann unter Umständen der spätere Richter, der bei der Neubemessung der Gesamtstrafe ebenfalls von der schwersten Einzelstrafe als der Einsatzstrafe auszugehen hat, auf eine niedrigere Gesamtstrafe als die in dem früheren Urteile verhängte erkennen können. Das wurde aber, wie das Reichsgericht[89]) zutreffend hervorhebt, eine „Kritik und Korrektur" des früheren Urteils bedeuten, die dem späteren Richter nicht zusteht. Dieser ist vielmehr in einem solchen Falle bei der Neubemessung der Gesamtstrafe nach unten hin durch die früher erkannte Gesamtstrafe beschränkt.[90]) Derselben Meinung ist Oppenhoff-Delius.[91]) Allerdings leidet diese Regel keine Anwendung für den Fall, daß für die später abzuurteilende Tat Zuchthaus verwirkt ist, während die früher erkannte Gesamtstrafe auf Gefängnis oder Festungshaft lautete. Dann bringt es, wie später[92]) auszuführen sein wird, die exceptionelle Natur der Vorschrift des § 74 Abs. 2 StGBs mit sich, daß die neuzuerkennende Gesamtstrafe — unter Berücksichtigung des nach § 21 StGBs gegebenen Maßstabs — unter Umständen milder ausfallen kann als die früher erkannte Gesamtstrafe.

Wenn übrigens Oppenhoff-Delius a. a. O. den zweiten Richter auch nach oben hin in der Bemessung der neuen Gesamt-

---

[88]) Vgl. Binding, Grundr. d. StrRs S. 295 N. 7 b zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 552. — Frank III Abs. 1 zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 60. — Ders., Kommentar N. 11 Abs. 2 zu § 79. — Otto, in den Annalen d. Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 153.

[89]) III 13. 5. 82. E. 6 S. 283.

[90]) Ob eine Erhöhung der früheren Gesamtstrafe eintreten muß, darüber vergl. § 8.

[91]) N. 14 zu § 79.

[92]) S. 37 ff.

strafe beschränken will, insofern die neu auszumessende Gesamtstrafe die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neu ausgeworfenen Einzelstrafen nicht überschreiten dürfe, so ist dem nicht zuzustimmen. Nach oben hin bildet vielmehr die Summe *aller Einzelstrafen* die Grenze. Es ist sehr wohl der Fall denkbar, daß der frühere Richter, hätte er die neu entdeckte Tat gekannt und mit abzuurteilen gehabt, auf eine höhere Gesamtstrafe als die von Oppenhoff-Delius errechnete erkannt haben würde, nämlich dann, wenn schon in der bloßen Tatsache, daß der Beschuldigte außer den früher abgeurteilten Straftaten noch weitere, nämlich die nunmehr zur Aburteilung anstehenden, begangen hat, ein strafschärfendes Moment zu erblicken ist. — Das Ergebnis der Berechnungsart von Oppenhoff-Delius ist übrigens, daß der allseitig anerkannte und auch von Oppenhoff-Delius a. a. O. ausdrücklich hervorgehobene Grundsatz, wonach bei der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe eine früher bereits erkannte Gesamtstrafe *nicht* als Rechenfaktor einzusetzen ist, vielmehr die ihr zu Grunde liegenden Einzelstrafen in Rechnung zu stellen sind, fast jeder praktischen Bedeutung beraubt wird. Der Strafrahmen, den Oppenhoff-Delius aufstellt, ist beinahe identisch mit dem, den man erhalten würde, wenn man die frühere Gesamtstrafe als solche als Faktor in Rechnung stellen würde; wenn man auf die letztere Art verführe, so würde der Spielraum für die neu zu bemessende Gesamtstrafe bestimmt sein durch die frühere Gesamtstrafe vermehrt auf die nächsthöhere Strafgröße als untere Grenze und durch die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neuen Einzelstrafen vermindert auf die nächstniedrige Strafgröße als obere Grenze. Von diesem Strafrahmen unterscheidet sich der von Oppenhoff-Delius aufgestellte nur dadurch, daß er nach oben und unten hin um eine einzige Strafgröße weiter ist: nach Oppenhoff-Delius bildet die frühere Gesamtstrafe die untere und die Summe der früheren Gesamtstrafe und der neuen Einzelstrafen die obere Grenze.

Ist es nun in einem früheren Urteile, das bereits eine Gesamtstrafe aussprach, unterlassen worden, die Einzelstrafen, aus denen sie gebildet worden ist, in den Gründen aufzuführen, so entsteht eine Schwierigkeit, die kaum befriedigend zu lösen ist. Es fehlen dann dem späteren Richter die Elemente zur Bildung der neuen Gesamtstrafe.

Olshausen[93]) und ebenso das Reichsgericht[94]) beseitigen diese Schwierigkeit ziemlich gewaltsam, indem sie dem zweiten Richter

[93]) Vorbestr. S. 66, 67. — Kommentar N. 13 zu § 79.
[94]) II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — Fer.S. 27. 7. 83. R 5 S. 522.

kurzer Hand die Befugnis verleihen, noch nachträglich die Einzelstrafen, deren Festsetzung der frühere Richter unterlassen hatte, zu bestimmen und also insoweit, wie Olshausen a. a. O. seines Kommentars sich ausdrückt, „materiell auf das frühere Urteil einzugehen." Mit Recht wendet sich Reiffel[95]) gegen ein derartiges Verfahren, das im Gesetze keine Stütze findet. Zutreffend hebt er hervor, daß nur der erkennende Richter ermessen kann, welche Strafe für die einzelne Straftat verwirkt sei. Man wird ihm auch darin zustimmen müssen, daß es in einem solchen Falle das „Korrekteste" wäre, die Bildung einer Gesamtstrafe überhaupt abzulehnen. Für die Praxis schlägt Reiffel folgenden Ausweg vor:

1. Für den Fall, daß die früher erkannte Gesamtstrafe schwerer ist als die neuerlich verwirkte Einzelstrafe oder die schwerste der neuerlich verwirkten Einzelstrafen, soll der Richter die frühere Strafe überhaupt nicht oder nur um einen Bruchteil der von ihm ausgeworfenen Einzelstrafe — eventuell der schwersten Einzelstrafe — erhöhen.

2. Stehen die Strafen im entgegengesetzten Verhältnis, so hat der Richter die neuerdings verwirkte — eventl. die schwerste — Einzelstrafe um einen Bruchteil der früheren Gesamtstrafe zu erhöhen.

Dem Bedürfnisse der Praxis würde dieser Vorschlag gerecht werden. Immerhin kann ein derartiges Verfahren nur als ein Notbehelf bezeichnet werden; seine Anwendung bleibt bedenklich. Die Begründung aber, mit der Olshausen[96]) diesen Notbehelf verwirft, kann als stichhaltig nicht anerkannt werden. Olshausen gibt a. a. O. als möglich zu, daß der spätere Richter auf diese Weise praktisch zu demselben Ergebnisse gelangen könne, wie wenn er selbständig die unterlassene Bestimmung der Einzelstrafen nachhole und dann die Gesamtstrafe aus den neugewonnenen Einzelstrafen bilde, es lasse sich aber nicht sagen, daß er auf beiden Wegen notwendig zu demselben Ergebnisse gelangen müsse, und deshalb würde sein Erkenntnis eine Nichtigkeit enthalten, wenn er die Strafe nicht den Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGBs gemäß bestimmt. Er übersieht dabei, daß er sich selbst den von ihm empfohlenen Ausweg auch nur durch eine Gesetzesverletzung bahnt, indem er aus eigener Machtvollkommenheit, ohne daß ihm das Gesetz hierzu eine Befugnis verleiht, das frühere rechtskräftige Urteil „ergänzt".

Urteile, die eine Gesamtstrafe aussprechen, ohne in den

---

[95]) Im GS 37 S. 478 ff.

[96]) Vorbestr. S. 66, 67.

Gründen die Einzelstrafen aufzuführen, werden übrigens kaum mehr erlassen, dem später urteilenden Richter werden vielmehr die Einzelstrafen, die er seiner Nachtragsentscheidung zu Grunde zu legen hat, jetzt wohl fast ausnahmslos festbestimmt vorliegen. Aber auch in diesem Falle ergibt sich eine Reihe von Schwierigkeiten, die in folgendem kasuistisch, wie ihre Natur es erfordert, behandelt werden sollen.

Vorausgeschickt sei nur noch, daß, was die Form des Nachtragserkenntnisses anlangt, der Ausspruch einer sogenannten Zusatzstrafe als richtig erscheint. Ausgenommen bleibt ein Fall, in dem dies unmöglich ist.

Früher ist viel darüber gestritten worden, ob es richtig sei, auf eine neue Gesamtstrafe zu erkennen mit der Maßgabe, daß durch sie die früher erkannte Strafe in Wegfall komme, oder ob eine Zusatzstrafe auszusprechen sei.

Die Meinung, daß nur durch Ausspruch einer neuen Gesamtstrafe der Bestimmung des Gesetzes Genüge geschehe, vertreten Herbst,[97]) Merkel[98]) und Reiffel[99]), und zwar der letztere mit der Begründung, der kategorischen Vorschrift des § 74 StGBs, wonach auf eine Gesamtstrafe zu erkennen sei, könne keinesfalls durch ein zusätzliches Erkennen genügt werden. Der Richter könne nur auf eine Einzelstrafe oder eine Gesamtstrafe, nicht aber auf ein „Bruchstück einer Gesamtstrafe" erkennen.

Das Reichsgericht hat sich wiederholt[100]) dahin ausgesprochen, daß „völlig korrekt" nur die Festsetzung einer einheitlichen Gesamtstrafe sei, daß es aber zulässig sei, auf eine Zusatzstrafe zu erkennen, falls diese nur den Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs gemäß gebildet sei, da materiell auf beide Arten dem Gesetze Genüge geschehe. Olshausen[101]) schließt sich dieser Ansicht des Reichsgerichts allenthalben an.

Für die Form der Zusatzstrafe, — soweit diese nicht, wie erwähnt, ausgeschlossen ist —, treten ein: Bennecke-Beling,[102]) Binding,[103]) Finger,[104]) Geyer[105]) und Liszt[106]).

Die Form der Zusatzstrafe ist aus den von Binding a. a. O. aufgeführten Gründen vorzuziehen. Es handelt sich im Falle

---

[97]) In Goltd. Arch. 24 S. 14.
[98]) In H. H. Bd. 4 S. 235.
[99]) Im GS 40 S. 217 ff.
[100]) Vgl. z. B. II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — IV 14. 6. 92. J. W. 1892. S. 407 [7].
[101]) Kommentar N. 12 b zu § 79.
[102]) S. 394.
[103]) Grundr. d. StrRs S. 295 N. 7 b zu § 79.
[104]) Bd. 1 S. 553.
[105]) In HRl Bd. 2 S. 508.
[106]) S. 281 Anm. 1.

des § 79 StGBs, wie Binding ausführt, eben nicht darum, eine neue Gesamtstrafe in ihrem vollen Umfange nach dem freien Ermessen des später urteilenden Gerichts zu verhängen, denn nicht alle, sondern nur eine oder mehrere der real konkurrierenden Straftaten stehen zur Aburteilung, sondern nur um die Ausmessung einer neuen Gesamtstrafe, wobei das eine oder die mehreren Strafäquivalente des früheren Urteils unverändert in Rechnung zu stellen sind. Von dieser so ausgemessenen Gesamtstrafe ist die frühere Strafe abzuziehen und der Rest als Zusatzstrafe zu verhängen. —

Bei der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe ergeben sich nun folgende Möglichkeiten:

1. Die in dem ersten Urteile erkannte Strafe — (im folgenden der Kürze halber mit A. bezeichnet) — und die für das später abzuurteilende Delikt verwirkte Strafe bezw. bei mehreren Delikten die mehreren Strafen — (in der Folge kurzweg mit B. bezeichnet) gehören derselben Strafart an. In diesem Falle bieten sich im allgemeinen keine Schwierigkeiten. Die schwerste Einzelstrafe, mag diese nun in dem früheren oder späteren Urteile erkannt sein, wird unter Beobachtung der Vorschriften von § 74 Abs. 3 StGBs erhöht, von dieser Strafe wird die Strafe des ersten Urteils — mag diese bereits eine Gesamtstrafe sein oder nicht — abgezogen, und der Rest wird als Zusatzstrafe verhängt.

2. Größere Schwierigkeiten entstehen, wenn verschiedenen Strafarten angehörige Strafen auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen sind. Besteht A. oder B. in Zuchthaus, und der andere Faktor entweder in Gefängnis oder Festungshaft, so kommt es — anders als beim Zusammentreffen gleichartiger Strafen — wesentlich darauf an, ob A. oder B. die Einsatzstrafe enthält oder darstellt. Zunächst muß daher die Vorfrage entschieden werden: Ist beim Zusammentreffen von Zuchthausstrafe mit Gefängnis oder Festungshaft die Zuchthausstrafe stets als die Einsatzstrafe zu betrachten, auch wenn sie unter Zugrundelegung des Maßstabes von § 21 StGBs milder ist, als die erkannte Gefängnis- oder Festungshaftstrafe? Nach der bestimmten Fassung des Abs. 2 des § 74 StGBs wird man nicht umhin können, diese Frage zu bejahen, trotz der eigentümlichen Folgerungen, die sich daraus ergeben. § 74 Abs. 2 StGBs bestimmt:

> „Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein."

Damit hat der Gesetzgeber unzweideutig zum Ausdrucke gebracht, daß die im ersten Absatze des § 74 StGBs vor-

geschriebene Erhöhung bei der in concreto verwirkten Einzelstrafe der schwersten Strafart [— in Wirklichkeit kommt hierbei immer nur Zuchthaus in Frage —] vorzunehmen ist, und zwar auch dann, wenn die außerdem verwirkten Strafen der leichteren Art, nach dem Maßstabe des § 21 StGBs in Zuchthaus umgewandelt, schwerer sein sollten als die primär verwirkte Zuchthausstrafe.[107])

Daß diese Auffassung richtig ist, ergeben auch die Motive zu § 72 [74] des Entwurfs III, in denen folgendes ausgeführt wird:

„Bei der Frage, welches der im einzelnen Falle zusammentreffenden Verbrechen und Vergehen das schwerste sei, hat der Entwurf den Grundsatz angenommen, daß, wenn sie mit ungleichartigen Freiheitsstrafen bedroht sind, dasjenige als das schwerste zu betrachten sei, bei welchem die ihrer Art nach schwerste Strafe verwirkt ist. Es ist daher, wenn bei einem der zusammentreffenden Verbrechen und Vergehen eine Zuchthausstrafe, bei den übrigen aber Gefängnisstrafe verwirkt ist, die verwirkte Zuchthausstrafe selbst dann zu Grunde zu legen, wenn sie ihrer Dauer nach kürzer ist, als die durch die übrigen Handlungen verwirkten einzelnen Gefängnisstrafen."

Ohne weiteres ist allerdings zuzugeben, daß die Konsequenz, die hieraus zu ziehen ist, im höchsten Maße unbefriedigend ist: der Strafrahmen wird zu Gunsten des Delinquenten verschoben. Wenn z. B. ein Jahr Zuchthaus mit fünf Jahren Gefängnis zusammentrifft, so kann sich die Gesamtstrafe innerhalb des Rahmens von einem Jahre und einem Tage Zuchthaus und vier Jahren drei Monaten und neunundzwanzig Tagen Zuchthaus bewegen. Daß in diesem Falle der Richter die Füglichkeit hat, sogar auf eine geringere Strafe als drei Jahre vier Monate Zuchthaus, — das Aequivalent für die wegen der anderen Straftat verwirkten fünf Jahre Gefängnis — zu erkennen, bleibt mißlich; der Umstand, daß in praxi der Richter wohl niemals von dieser Füglichkeit Gebrauch machen wird, ändert daran nichts.

Olshausen meint zwar in seinen Vorbestrafungen (S. 61) auch gegenüber der Bestimmung des § 74. 2 StGBs bleibe der Satz bestehen, daß die Gesamtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe bestehe, und es sei daher diejenige Strafe die Einsatzstrafe, die nach Umwandelung der minder schweren Strafarten in Zuchthaus sich als die schwerste

[107]) Ebenso Binding, Grundr. d. StrRs S. 292. — Geyer, HRl Bd. 2 S. 507, 509. — Preuß. ObTrib. 1. 3. 76. Goltd. Arch. 24 S. 126, 127.

darstelle. Eine Begründung für seinen Standpunkt gibt Olshausen weder hier noch in seinem Kommentar.[108]) Eine solche Begründung läßt sich auch angesichts des Wortlautes des Abs. 2 des § 74 StGBs und seines Zusammenhanges mit Abs. 1 desselben Paragraphen schlechterdings nicht geben; setzt doch der Abs. 2 ausdrücklich eine Ausnahme von der Bestimmung des Abs. 1 fest, wonach grundsätzlich die Gesamtstrafe in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe bestehen soll. Es hieße Regel und Ausnahme in einem Atem anwenden, wenn man so verführe, wie Olshausen will.

In jedem Falle ist also eine Zuchthausstrafe Strafen der milderen Art gegenüber als Einsatzstrafe zu betrachten.[109])

Es sind nun zwei Möglichkeiten gegeben:

a) A. besteht in Zuchthaus, B. in Gefängnis oder Festungshaft. Dann sind die Strafen der leichteren Art nach dem Maßstabe des § 21 StGBs in Zuchthaus umzuwandeln. Diese Umwandelung ist nötig, um die Höchstgrenzen des § 74 Abs. 3 StGBs zu ermitteln. Danach ist unter Beobachtung dieser Grenze und unter Zugrundelegung der Zuchthausstrafe als Einsatzstrafe diejenige Gesamtstrafe zu ermitteln, auf die der frühere Richter erkannt haben würde, wenn ihm die nunmehr abzuurteilende Tat mit zur Aburteilung vorgelegen hätte. Von dieser Strafe ist A. abzuziehen und der Rest als Zusatzstrafe zu verhängen. — Bestand A. schon in einer Gesamtzuchthausstrafe, so darf nach dem oben S. 33 Gesagten keinesfalls auf eine geringere Gesamtstrafe erkannt werden.

b) B. besteht in Zuchthaus, A. in Gefängnis oder Festungshaft: Dann tritt ein Widerstreit ein zwischen dem Grundsatze, daß der später urteilende Richter das erste Urteil, auch was die

---

[108]) Dort vertritt er, in N. 12 zu § 79, dieselbe Meinung wie in den Vorbestrafungen. Vorher sagt er allerdings merkwürdigerweise in N. 13 zu § 74:

„Abs. 2 enthält eine für die Ermittelung, welches die verwirkte schwerste Strafe sei, maßgebende Sondervorschrift. Bei dem Zusammentreffen „ungleichartiger Freiheitsstrafen" soll stets die „ihrer Art nach schwerste" erhöht werden, d. h. konkret gesprochen: es ist beim Zusammentreffen von Zuchth. mit Gef. oder Festungsh. nach § 21 stets die Zuchthausstr. zu erhöhen."

[109]) Trifft mit einer Gefängnisstrafe, die gemäß § 44 Abs. 4 Satz 2 oder gemäß § 49 Abs. 2 StGBs an Stelle einer Zuchthausstrafe von kürzerer als einjähriger Dauer erkannt worden ist, eine andere Gefängnisstrafe zusammen, so ist die der Dauer nach längere Strafe die Einsatzstrafe. § 74 Abs. 2 StGBs schlägt dann nicht ein, da kein Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen vorliegt. Vgl. Preuß. ObTrib. vom 1. 3. 76. Goltd. Arch. 24 S. 126. — RG IV 8. 5. 94. J. W. 1894. S. 339[1].

Straffestsetzung anlangt, nicht abändern darf, und der positiven Bestimmung des § 74 Abs. 2 StGBs, wonach die Gesamtstrafe durch Erhöhung der Zuchthausstrafe als Einsatzstrafe zu bilden ist. „Denn" — wie Binding[110]) hervorhebt — „gerade die im späteren Urteile zu verhängende Strafe bildet die Einsatzstrafe: die Strafe des früheren Urteils darf damit nicht kumuliert, sondern sie muß zu einer Zusatzstrafe herabgemindert werden, deren Größenbestimmung allein von dem zweiten Richter abhängt." Das Erkennen einer Zusatzstrafe ist unmöglich; der zweite Richter muß eine selbstständige, auch die früher abgeurteilten Delikte mit umfassende Gesamtstrafe festsetzen und aussprechen, daß die früher erkannte Strafe wegfalle. — So die gemeine Meinung.[111])

Ist nun im Falle b) die frühere Strafe zur Zeit der Fällung des Nachtragserkenntnisses bereits in der Verbüßung begriffen, so muß der zweite Richter die Tatsache der begonnenen Verbüßung in seinem Urteile berücksichtigen, um zu verhindern, daß der Verurteilte wegen der früher abgeurteilten Straftat (oder Straftaten) doppelt Strafe verbüße.[112])

In welcher Form diese Berücksichtigung zu geschehen hat, ist bestritten.

Merkel[113]) verlangt, daß im Tenor des Nachtragserkenntnisses der etwa bereits verbüßte Teil der früher erkannten Strafe in Abzug gebracht werde, d. h. also der bis zum Tage der Verkündung des Nachtragserkenntnisses verbüßte Teil. Derselben Meinung sind offenbar auch Binding[114]) und Rüdorff-Stenglein[115]) und wohl auch Meyer-Allfeld.[116]) Eine Begründung gibt keiner der Genannten.

Demgegenüber ist aber folgendes zu beachten:

In Wegfall kommt die frühere Strafe erst, wenn das zweite Urteil die Rechtskraft beschreitet. Bis dahin wird die frühere

---

[110]) Grundr. d. StrRs S. 296 N. 7γ zu § 79.

[111]) Binding, Grundr. d. StrRs S. 296 N. 7γ zu § 79. — Olshausen, Vorbestr. S. 65. — Olshausen, Kommentar N. 12c zu § 79. — Oppenhoff-Delius, N. 9 zu § 79. — RG II 22. 6. 80. E. 2 S. 198. — RG II 20. 2. 83. E. 8 S. 62.

[112]) In allen übrigen Fällen ist, wie oben ausgeführt, im Nachtragserkenntnisse die Form der Zusatzstrafe zu wählen, was ein Eingehen auf die in Verbüßung begriffene erste Strafe überflüssig macht. Dieser praktische Vorteil, den die Form des zusätzlichen Erkennens gewährt, ist selbst für diejenigen, die beide Formen des Nachtragserkenntnisses für zulässig erachten, ein Grund mehr, der Form der Zusatzstrafe den Vorzug zu geben.

[113]) H. H. Bd. 4 S. 236.

[114]) Grundr. d. StrRs S. 296 N. 7γ zu § 79.

[115]) N. 9 zu § 79.

[116]) S. 363.

Strafe der leichteren Art weiter vollstreckt. Abzurechnen ist also nach vorschriftsmäßiger Umwandlung der bis zum Eintritte der Rechtskraft des zweiten Urteils vollstreckte Teil der ersten Strafe. Welchen konkreten Zeitraum dieser Teil umfaßt, kann der zweite Richter nicht feststellen, da er nicht weiß, ob und wann sein Urteil rechtskräftig werden wird. Nur die — unmögliche — Abrechnung dieses konkreten Zeitraumes hätte einen Zweck; zwecklos ist es dagegen, den Teil der früheren Strafe, der bis zur Verkündung des zweiten Urteils verbüßt ist, abzurechnen, denn dann müßte immer noch durch die Strafvollstreckungsbehörde eine zweite Abrechnung des zwischen Verkündung und Rechtskraft des zweiten Urteils vollstreckten Teiles der ersten Strafe erfolgen.

Wenn es nun auch durchaus nicht gesetzlich unzulässig ist, den bis zur Verkündung des zweiten Urteils verbüßten Teil der ersten Strafe in konkreten Zeiteinheiten im zweiten Urteile abzuziehen,[117]) so erscheint es doch zweckentsprechender, wenn der zweite Richter sich mit dem Ausspruche begnügt, daß der bis zu dem Augenblicke der Rechtskraft seines Erkenntnisses verbüßte Teil der früheren Strafe nach Umwandlung in Zuchthaus gemäß § 21 StGBs auf die von ihm verhängte Gesamtzuchthausstrafe anzurechnen sei.[118]) Für diese Form der Anrechnung spricht auch, daß, wie Olshausen a. a. O. seines Kommentars zutreffend ausführt, der zweite Richter in vielen Fällen bei der Fällung des zweiten Urteils nicht einmal genau wissen wird, wie weit die Vollstreckung der ersten Strafe gediehen ist. — Diese Anordnung wird der Richter mit Rücksicht auf § 483 Abs. 1 der StPO im verfügenden Teile des Urteils zu treffen haben, nicht, wie Olshausen[119]) will, nur in den Gründen seines Erkenntnisses, doch ist dies eine Frage von minderer Bedeutung. Das Reichsgericht[120]) steht auf dem Standpunkte, daß die Anordnung sowohl im Tenor als in den Gründen erfolgen könne. Dieser Ansicht schließen sich Finger[121]) und Frank[122]) an.

---

[117]) Vgl. RG I 17. 5. 83. E. 8 S. 385.

[118]) Finger, Bd. 1 S. 553. — Olshausen, Vorbestr. S. 75, 76. — Derf., Kommentar N. 18 zu § 79. — Otto in den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 155. — RG II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — RG IV 2./5. 1. 86. R 8 S. 3.

[119]) Vorbestr. S. 76. — Kommentar N. 18 zu § 79.

[120]) II 20. 2. 83. E. 8 S. 62. — I 17. 5. 83. E. 8 S. 385.

[121]) Bd. 1 S. 553.

[122]) III Abs. 2 zu § 79. Eigentümlicherweise sagt Frank an dieser Stelle, die Strafanrechnung habe einzutreten, wenn die im ersten Urteile auferlegte Strafe schon g a n z oder teilweise zur Zeit der späteren Urteilsfällung verbüßt sei, obwohl er sich n i c h t darüber ausspricht, daß im Falle völliger Verbüßung überhaupt noch ein Nachtragserkenntnis ausnahmsweise möglich sei (vgl. oben S. 30 f).

Rubo[123]) spricht sich entschieden dagegen aus, daß der zweite Richter überhaupt darauf Rücksicht nimmt, ob ein Teil der ersten Strafe bereits verbüßt ist; nach ihm soll das zweite Urteil weder in dem Tenor noch in den Gründen einen Ausspruch darüber enthalten, in welcher Weise der verbüßte Teil der Strafe auf die Gesamtstrafe anzurechnen sei, dies zu bestimmen ist seiner Meinung nach lediglich Aufgabe der Strafvollstreckungsbehörde. Demgegenüber muß aber betont werden, daß allerdings der Strafvollstreckungsbehörde die Aufgabe zufällt, nach Rechtskraft des zweiten Urteils zu berechnen, welcher konkrete Zeitraum von der Gesamtstrafe mit Rücksicht auf die teilweise Verbüßung der früheren Strafe abzuziehen ist, daß sie aber hierzu einer im Tenor des zweiten Urteils auszusprechenden Anweisung bedarf. Anderenfalls müßte sie streng genommen nach § 483 Abs. 1 der StPO die Gesamtstrafe in vollem Umfange vollstrecken, da ein Fall von § 482 der StPO nicht vorliegt.

§ 8.

Nichterhöhung der früher erkannten Strafe.

Es können Fälle eintreten, in denen der später urteilende Richter die früher erkannte Strafe entweder nicht erhöhen darf oder doch nicht zu erhöhen braucht.

Der erste Fall liegt dann vor, wenn der erste Richter bereits auf die Höchststrafen des § 74 Abs. 3 StGBs [fünfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis, fünfzehnjährige Festungshaft] erkannt hat. Dann ist der später urteilende Richter gezwungen, unter Feststellung der Schuld des Angeklagten die frühere Strafe beizubehalten.[124]) [125])

---

[123]) N. 2 zu § 79.

[124]) So Binding, Grundr. d. StrRs S. 296 N. 7 δ zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 553. — Olshausen, Kommentar N. 14 Abs. 2 zu § 79.

[125]) Erkennt der zweite Richter auf eine eintägige Freiheitsstrafe (Gefängnis oder Festungshaft), so ist ebenfalls eine Erhöhung der vom ersten Richter erkannten Strafe nicht möglich. Diese Schwierigkeit kann natürlich nicht nur bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe auftreten, sie liegt ebenso bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach § 74 StGBs vor. Sie beruht auf der Bestimmung des § 19 Abs. 2 StGBs, wonach die Dauer anderer Freiheitsstrafen als Zuchthaus nur nach vollen Tagen berechnet werden darf, und der Vorschrift des § 74 Abs. 3 StGBs, die die Häufung der Einzelstrafen verbietet. Der letztere Grundsatz darf zu Ungunsten des Angeklagten sicherlich nicht durchbrochen werden; ihm gegenüber muß nach der Regel in dubio pro reo der Grundsatz der Strafschärfung bei Realkonkurrenz zurücktreten. Ebensowenig aber erscheint es angängig, auf Bruchteile von einem Tage zu erkennen, wie Frank (III 2 zu § 74) es will. Was sollte dann den Richter hin-

Es kann aber auch der zweite Richter unter Umständen, wenn bereits der erste Richter auf eine Gesamtstrafe erkannt hatte, diese als eine genügende Ahndung auch für die von ihm abgeurteilte Straftat unverändert beibehalten. Er wird dies nur dann tun können, wenn er, hätte er an Stelle des früheren Richters die von diesem abgeurteilten Straftaten und die neu hervorgekommene — jetzt tatsächlich seinem Spruche unterliegende Tat gleichzeitig abzuurteilen gehabt, auf keine höhere als die von dem ersten Richter tatsächlich festgesetzte Gesamtstrafe erkannt haben würde. Das folgt aus dem Grundsatze, daß der Verbrecher bei einer nachträglichen Aburteilung einer später entdeckten Tat ebenso gestellt werden soll, als wäre diese Tat von dem ersten Richter mit abgeurteilt worden.[126])

Nicht recht verständlich ist es, wenn Olshausen[127]), gegen Binding polemisierend, es verneint, daß etwas darauf ankomme, ob der erste Richter, wenn er alle Straftaten abzuurteilen gehabt hätte, eine höhere Gesamtstrafe ausgesprochen hätte oder nicht. Es entscheide vielmehr allein das freie Ermessen des späteren Richters. Der zweite Richter ist ja unter allen Umständen gezwungen, sich an die Stelle des ersten Richters zu versetzen, er muß die von diesem ausgesprochene Gesamtstrafe in ihre Einzelstrafen auflösen, für die seiner Aburteilung unterliegende Tat eine Einzelstrafe auswerfen und nun erwägen, welche Gesamtstrafe für sämtliche Taten des Angeklagten angemessen ist. Nach unten hin ist er dabei durch die früher erkannte Gesamtstrafe[128]) beschränkt, nach obenhin durch die Summe der Einzelstrafen. Innerhalb dieses Spielraumes kann und muß er, — da es für eine Errechnung der Gesamtstrafe keine mathematische Formel gibt, und da er aus seiner Haut nicht in die des ersten Richters hineinkann —, allerdings nach seinem pflichtgemäßen freien Ermessen die ihm an-

---

dern, bei besonders leichten Fällen — und um solche handelt es sich hier doch meistens —, bei denen er selbst die gesetzlich zulässige Mindeststrafe für zu hart hält, beispielsweise auf eine Gesamtstrafe von einem Tage und einer Stunde Gefängnis zu erkennen? Mit dem ernsten Charakter der Kriminalstrafe ist — wie Olshausen (Kommentar N. 6 b zu § 19) mit Recht hervorhebt — eine kürzere als eintägige Dauer einer Freiheitsstrafe unvereinbar. — Vgl. auch Binding, Grundr. d. StrRs S. 293; RG IV 4. 6. 97. E. 30 S. 141.

[126]) So Binding, Grundr. d. StrRs S. 296 N. 7 δ zu § 79. — Finger Bd. 1 S. 553. — Oppenhoff-Delius, N. 14 zu § 79.

[127]) Kommentar N. 14 Abs. 1 zu § 79.

[128]) Vgl. oben S. 33. Natürlich kann der hier besprochene Fall überhaupt nur dann in Frage kommen, wenn die für die später abgeurteilte Tat verwirkte Einzelstrafe niedriger ist als die frühere Gesamtstrafe.

gemessen scheinende Gesamtstrafe finden. Daß dabei ein anderes Ergebnis herauskommen kann, als wenn der erste, individuell bestimmte Richter die Gesamtstrafe festgesetzt hätte, ist selbstverständlich, denn an persönliche Gepflogenheiten des ersten Richters — z. B. die Einsatzstrafe erhöht um die Hälfte der Summe der außerdem verwirkten Einzelstrafen regelmäßig als Gesamtstrafe zu verhängen — ist der zweite Richter sicherlich nicht gebunden. Wenn verlangt wird, er solle sich auf den Standpunkt des früheren Richters stellen, so kann das hier nur soviel heißen, daß er die neu abzuurteilende Tat nicht als einzelne betrachten soll, sondern im Zusammenhange mit den bereits abgeurteilten, mit denen sie gleichzeitig ihre Ahndung hätte finden können, und daß er demgemäß die Gesamtstrafe bemessen soll.

§ 9.

Die gleichzeitige Aburteilung von Straftaten, die teils vor, teils nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind.

Gelangen gleichzeitig mehrere Straftaten zur Aburteilung, von denen eine oder mehrere *vor* einer früheren Verurteilung begangen sind und mit der oder den in dem früheren Erkenntnisse abgeurteilten Straftaten im Verhältnis des § 79 StGBs stehen, während eine oder mehrere von diesen Straftaten nach dieser früheren Verurteilung begangen worden sind, so ist es nicht angängig, sämtliche Einzelstrafen, die in dem alten und dem neuen Urteile ausgeworfen worden sind, auf eine einheitliche Gesamtstrafe zurückzuführen.

Allerdings hält Olshausen auch in der neuesten Auflage seines Kommentars[129]) noch mit Zähigkeit an der von ihm schon in den „Vorbestrafungen"[130]) vertretenen Ansicht fest, daß in diesem Falle die milderen Bestimmungen der §§ 74 bis 78 StGBs zur Anwendung gebracht werden müßten einmal hinsichtlich der früher abgeurteilten und der vor der früheren Aburteilung begangenen, neuentdeckten Straftaten, und sodann nochmals hinsichtlich *aller* Straftaten, die neuerlich zur Aburteilung gelangen.

Das Verfahren stellt sich nun nach Olshausen[131]) folgendermaßen dar:

a bezeichnet die Strafe für die bereits abgeurteilte Tat,

---

[129]) N. 15 zu § 79.
[130]) S. 67 ff.
[131]) Vorbestr. S. 68, 69.

b die Strafe für die vor a begangene, nach § 79 StGBs abzuurteilende Tat und
c die Strafe für die nach a begangene Tat.

Vier Möglichkeiten sind gegeben:

I. 1. Möglichkeit:

b ist schwerer als a und als c, z. B.
a = 2 Jahre Gefängnis,
b = 3 Jahre Gefängnis,
c = 1 Jahr Gefängnis,

Dann erhöht Olshausen b als die Einsatzstrafe im Verhältnis zu a und c, und zwar wegen a etwa um 1 Jahr, wegen c etwa um ½ Jahr, und erkennt auf insgesamt 4½ Jahre Gefängnis, muß aber selbst zugeben, daß diese Strafe als „Gesamtstrafe" im Sinne des Strafgesetzbuches nicht bezeichnet werden darf.

II. 2. Möglichkeit:

a und c sind beide schwerer als b, z. B.
a = 3 Jahre Gefängnis,
b = 1 Jahr Gefängnis,
c = 2 Jahre Gefängnis.

Dann sind zwei Einsatzstrafen vorhanden, a und c im Verhältnisse zu b. Olshausen erhöht a auf etwa 3½, c auf etwa 2¾ Jahr, und erkennt, da nicht beide Erhöhungen wegen derselben Strafe b vollstreckt werden dürfen, auf zusammen 5¾ Jahre Gefängnis, indem er nur die größere wegen b erkannte Erhöhung von ¾ Jahren zu den zu addierenden Einsatzstrafen a und c hinzurechnet.

III. 3. Möglichkeit:

b ist schwerer als a aber weniger schwer als c, z. B.
a = 1 Jahr Gefängnis,
b = 2 Jahre Gefängnis,
c = 3 Jahre Gefängnis.

Dann ist b im Verhältnisse zu a, und c im Verhältnisse zu b die Einsatzstrafe. b wird auf etwa 2¾, c auf etwa 4 Jahre erhöht. Da b in den vier Jahren schon enthalten ist, kann es nicht daneben nochmals vollstreckt werden, nur die zu b hinzugetretene Erhöhung von ¾ Jahren wird zu den vier Jahren hinzugerechnet, so daß auf zusammen 4¾ Jahre erkannt wird.

IV. 4. Möglichkeit:

b ist schwerer als c aber weniger schwer als a, z. B.
a = 3 Jahre Gefängnis,
b = 2 Jahre Gefängnis,
c = 1 Jahr Gefängnis.

Hierbei ist das Ergebnis dasselbe wie bei der 3. Möglichkeit.

Die Bildung derartiger Strafen ist unzulässig. Mit Recht führt das Reichsgericht[132]) aus, daß das Gesetz nur die Bildung einer Gesamtstrafe aus Einzelstrafen, nicht aber aus mehreren Gesamtstrafen oder aus Gesamtstrafen und Einzelstrafen kenne. Jede Berechnungsweise, die den Zweck hätte, die §§ 74 und 79 StGBs auch für die nach der ersten Verurteilung begangenen Straftaten (— unter c —) anzuwenden, müßte dazu führen, daß die Einzelstrafen für die vor der früheren Verurteilung begangenen Straftaten (— unter b —) entgegen dem Grundsatze ne bis in idem bei der Ermittelung der Gesamtstrafe doppelt in Ansatz kämen, während es an jedem Maßstabe für eine etwaige Reduktion gebrechen würde. Dieser letzte Satz trifft in dieser Allgemeinheit freilich nur auf die oben unter II, III und IV angeführten Fälle zu. Was diese Fälle anlangt, so sind allerdings die Gegengründe, die darin gegen die Olshausensche Art der Strafenbildung aufgeführt werden, durchschlagend. Die Olshausensche Reduktionsmethode ist in der Tat, — wie das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung gleichfalls ausspricht —, willkürlich und findet im Gesetze keinerlei Anhalt.

Aber auch für den Fall I ist die Olshausensche Methode nicht annehmbar. Allerdings würde der Satz ne bis in idem nicht verletzt sein, da b im Verhältnis zu a und c, — die unter sich in keinem Verhältnisse stehen —, die Einsatzstrafe bildet. Aber auch die von Olshausen in diesem Falle angewendete Art der Strafenberechnung findet im Gesetze keine Stütze. Er errechnet eine Strafe, die besteht aus b als der Einsatzstrafe erhöht um die Zuschläge, die aus a und c gemäß § 74 StGBs zu bilden wären, wenn aus b und a einerseits und aus b und c andererseits je eine einzelne Gesamtstrafe zu bilden wäre. Die Strafe ist also eine Häufung mehrerer selbständiger Gesamtstrafenteile. Eine „Gesamtstrafe" im Sinne des Gesetzes ist sie nicht, das gibt Olshausen für diesen Fall I selbst zu. Da Olshausen nur bei Fall I hervorhebt, daß diese Strafe nicht als Gesamtstrafe im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen sei, so möchte man fast annehmen daß er die von ihm in den Fällen II bis IV errechneten Strafen für Gesamtstrafen im Sinne des Gesetzes hält. In Wahrheit sind aber auch sie nichts weiter als gehäufte Gesamtstrafenteile: eine Art Strafen, die das Gesetzbuch nicht kennt, und die auch schon um deswillen zu verwerfen wären.

---

[132]) II. 5. 4. 81. E. 4 S. 53.

Noch eine weitere Erwägung allgemeiner Art, die für alle vier Olshausenschen Fälle Geltung hat, zeigt, daß Olshausens Methode falsch ist. Der Richter, der die Vorschriften über die Bildung der Gesamtstrafe einmal rücksichtlich der Straftaten zu b und zu a, gemäß § 79 StGBs und dann nochmals rücksichtlich der Straftaten zu b und c gemäß § 74 StGBs anwenden wollte, würde gegen den Grundsatz des § 79 StGBs verstoßen, daß der später urteilende Richter hinsichtlich der vor der früheren Verurteilung begangenen Straftaten sich auf den Standpunkt des zuerst urteilenden Richters zu stellen und so zu verfahren hat, als hätten bereits dem ersten Richter die vor der ersten Verurteilung begangenen, neuentdeckten Straftaten mit zur Aburteilung vorgelegen; nimmt er aber diesen Standpunkt ein, so kann er nicht gleichzeitig diese, nachträglich abzuurteilenden Straftaten (zu b) mit den später begangenen (zu c) in Beziehung setzen, denn diese waren, als der erste Richter sein Urteil sprach, noch gar nicht begangen.[133])

Unklar bleibt schließlich noch nach Olshausens Ausführungen, wie er seine Strafen zu errechnen gedenkt, wenn die Einzelstrafen sich den nach § 74 StGBs für die Gesamtstrafe bestimmten Höchstgrenzen nähern. Gelten für seine eigenartigen Häufungsstrafen die Höchstgrenzen von 15 Jahren Zuchthaus, 10 Jahren Gefängnis und 15 Jahren Festungshaft? Zum mindesten zweifelhaft könnte dies im Falle I sein, da er die dort errechnete Strafe selbst nicht als Gesamtstrafe angesehen wissen will. Wenn also

b = 10 Jahre Zuchthaus,
a = 8 Jahre Zuchthaus,
c = 9 Jahre Zuchthaus

wäre, so würde b wegen a etwa um 4 Jahre und wegen c etwa um 4½ Jahre zu erhöhen sein. Es wäre also auf eine Strafe von 18½ Jahren Zuchthaus zu erkennen!

Wenn aber — für den Fall I und die übrigen Fälle — Olshausen die Höchstgrenzen des § 74 StGBs auch für seine Strafen maßgebend sein lassen will, so kommt man zu dem absurden Ergebnisse, daß z. B. ein Verbrecher, der im Jahre 1905 zu 8 Jahren Zuchthaus verurteilt worden ist und darauf im Zuchthause einen Totschlag begeht, nichts besseres tun kann, als einzugestehen, daß er bereits im Jahre 1904 einen Totschlag begangen hat. Nach Olshausens Ansicht könnte er dann — einschließlich der in Verbüßung begriffenen achtjährigen Zuchthausstrafe — höchstens 15 Jahre Zuchthaus erhalten, wäh-

[133]) So auch RG 5. 4. 81. E. 4 S. 53.

rend er, wenn er den Totschlag aus dem Jahre 1904 nicht eingestünde und dessen auch nicht überführt werden könnte, insgesamt 23 Jahre Zuchthaus erhalten könnte.

Allein richtig ist es daher, in solchen Fällen zwei Strafen zu bilden: eine Gesamtstrafe gemäß § 79 StGBs, die die Strafe (oder die Einzelstrafen) des früheren Urteils und die Strafe (oder die Strafen) für die vor diesem Urteile begangene Straftat (bezw. begangenen Straftaten) umfaßt, und eine weitere Strafe (oder Gesamtstrafe) für die Straftat (oder die Straftaten), die nach dem früheren Urteile begangen sind. So hat auch das Reichsgericht außer in dem bereits zitierten Urteile wiederholt entschieden.[134]) Der gleichen Meinung sind Finger,[135]) Oppenhoff-Delius[136]) und Otto.[137])

§ 10.

Die nachträgliche Bildung gehäufter Strafen.

Strafenhäufung hat einzutreten in folgenden drei Fällen:

1. Wenn Festungshaft nur mit Gefängnis — d. h. hier, ohne daß gleichzeitig eine Zuchthausstrafe verwirkt ist, — zusammentrifft, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen (§ 75 Abs. 1 StGBs). Sind mehrere Strafen der gleichen Art verwirkt, so ist dann aus diesen zunächst eine Gesamtstrafe nach § 74 StGBs zu bilden (§ 75 Abs. 2 StGBs).

2. Zusammentreffende Haftstrafen sind zu häufen (§ 77 Abs. 1 StGBs).

3. Zusammentreffende Geldstrafen sind zu häufen (§ 78 Abs. 1 StGBs).

Der Häufung werden Schranken gesetzt durch die Bestimmungen der §§ 75 Abs. 3, 77 Abs. 2 und 78 Abs. 2 StGBs:

1. Die Gesamtdauer der erkannten Strafen im Falle 1 darf fünfzehn Jahre nicht überschreiten.

2. Bei mehrfach verwirkter Haftstrafe darf auf keine höhere als eine dreimonatige Haftstrafe erkannt werden.

3. Die an Stelle der Geldstrafen festzusetzenden Freiheitsstrafen dürfen, wenn auf Gefängnisstrafe zu erkennen ist, die

---

[134]) I 24. 4. 84. R 6 S. 292. — I 29. 10. 88. E. 18 S. 333
[135]) Bd. 1 S. 554.
[136]) R. 13 zu § 79.
[137]) In den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 156.

Dauer von zwei Jahren, wenn auf Haft[138]) zu erkennen ist, die Dauer von drei Monaten nicht übersteigen.

Die nachträgliche Anwendung dieser Vorschriften durch den zweiten Richter bringt keine neuen Schwierigkeiten mit sich, die nicht schon für den ersten bestanden hätten. Diese zu besprechen liegt außerhalb des Rahmens dieser Abhandlung.

Der zweite Richter hat lediglich darauf zu achten, daß die oben gekennzeichneten Höchstgrenzen für zu häufende Strafen nicht überschritten werden, und hat gegebenenfalls die von ihm ausgesprochene Strafe soweit zu ermäßigen, daß die Summe der früheren Strafe und der von ihm verhängten Strafen gleich dem vom Gesetze festgelegten Höchstbetrage ist. Ist der Höchstbetrag schon im ersten Urteile erreicht, so muß die frühere Strafe beibehalten werden; der zweite Richter muß sich dann — soweit nicht nach § 78 Abs. 1 StGBs die Verhängung einer Geldstrafe in Frage kommt — mit der Feststellung der Schuld des Angeklagten begnügen.

Nur wenn eine Ermäßigung in Frage kommt, oder wenn in dem ersten Urteile bereits auf den Höchstbetrag erkannt worden war, ist es notwendig, daß der zweite Richter in der Urteilsformel auf das frühere Urteil Bezug nimmt.[139])

Andernfalls erscheint eine derartige Bezugnahme nicht erforderlich; ein Ausspruch, „daß die neue Strafe neben der alten zu vollstrecken sei," — wie ihn Otto[140]) von dem zweiten Richter verlangt, kann als überflüssig entbehrt werden.

§ 11.

Nebenstrafen.

Für die Verhängung von Nebenstrafen neben einer Gesamtstrafe ist der § 76 StGBs maßgebend, der bestimmt, daß die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht ausschließt, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten

---

[138]) Dem Wortlaute des § 78 Abs. 2 StGBs nach ist diese Höchstgrenze von drei Monaten Haft zwar nur gegeben, „wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Uebertretungen erkannt worden sind", mit Recht aber wird in Wissenschaft und Praxis allgemein angenommen, daß diese Vorschrift Anwendung leidet auf alle als Ersatzstrafen festzusetzende Haftstrafen, mögen die an erster Stelle ausgesprochenen Geldstrafen für Uebertretungen oder Vergehen erkannt worden sein.

[139]) Olshausen, Vorbestr. S. 70. — Derf., Kommentar N. 16 a zu § 79.

[140]) In den Annalen des Kgl. Sächs. ObAppGers Bd. 10 (neue Folge) S. 156.

ist, und daß ebenfalls neben einer Gesamtstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann, wenn dies auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist.

An der Lückenhaftigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung liegt es, daß Streit herrscht über die Frage, wie beim Zusammentreffen mehrerer gleichartiger Nebenstrafen zu verfahren sei. Auf diese Frage, deren Prüfung an sich nicht innerhalb des Rahmens dieser Abhandlung liegt, muß gleichwohl hier kurz eingegangen werden, da sonst nicht deutlich gemacht werden kann, wann die nachträgliche Anwendung des § 76 StGBs durch den zweiten Richter gemäß § 79 StGBs überhaupt möglich ist.

Da die im § 76 StGBs genannten Nebenstrafen — die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter ist als stillschweigend mit inbegriffen zu betrachten —, wie aus der Fassung des § 76 Abs. 2 StGBs zu entnehmen ist, „neben der Gesamtstrafe" zu erkennen sind, und da in den §§ 32, 35 und 38 StGBs kein Unterschied zwischen Einzelstrafen und Gesamtstrafen gemacht wird, so wird mit Recht allgemein angenommen, daß die in §§ 32 Abs. 2, 35 Abs. 1 und 38 Abs. 2 StGBs bestimmten Höchstgrenzen auch dann Geltung haben, wenn der Gesamtstrafe mehrere Einzelstrafen zu Grunde liegen, neben deren jeder Nebenstrafen der gleichen Art zu verhängen sind. Auch beim Vorliegen einer derartigen Gesamtstrafe darf also neben Zuchthaus kein längerer als zehnjähriger, neben Gefängnis kein längerer als fünfjähriger Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausgesprochen werden, die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter darf auf keine längere Zeit als fünf Jahre ausgesprochen werden, und die Dauer der Polizeiaufsicht darf fünf Jahre nicht überschreiten.[141])

Bestritten ist dagegen, in welcher Weise der Richter die Gesamtdauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte oder des Verlustes der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter zu bemessen hat.[142])

Das Gesetz schweigt über das zu beobachtende Verfahren. Ueberwiegend ist in Wissenschaft und Praxis die Meinung vertreten, daß nicht die neben den Einzelstrafen als ver-

---

[141]) So Hälschner Bd. 1 S. 690 Anm. 4. — Meyer-Allfeld S. 362. — Merkel in H. H. Bd. 2 S. 584. — Olshausen, Kommentar N. 2 zu § 76. — Oppenhoff-Delius N. 4 zu § 76.

[142]) Bei der Erklärung der Zulässigkeit der Polizeiaufsicht ergeben sich keine Schwierigkeiten, da der Richter nicht den Zeitraum zu bestimmen hat, während dessen die Polizeibehörde von der ihr eingeräumten Füglichkeit Gebrauch machen darf.

wirkt anzusehenden Beträge der Nebenstrafen zu häufen seien. Diese Ansicht vertritt vor allem Olshausen in seinem Kommentare,[143]) indem er aus der Erwägung, daß nach § 76 StGBs die Verhängung der Nebenstrafen neben der Gesamtstrafe erfolgen soll, weiter folgert, daß der Richter, wenn neben mehreren Einzelstrafen eine Nebenstrafe zulässig sein würde, dennoch nicht deren Zeitdauer, wie er sie gegebenenfalls neben jeder der Einzelstrafen bemessen haben würde, auszumessen brauche, ja nicht einmal ausmessen dürfe, daß vielmehr die Zeitdauer der Nebenstrafe neben der Gesamtstrafe einheitlich zu bestimmen sei. Die gleiche Meinung vertritt das Reichsgericht[144]) mit der Begründung, daß es die Gesamtstrafe im Gegensatze zu den Einzelstrafen sei, die die Grundlage, für die Ehrenstrafe bilde. Das Reichsgericht führt noch weiter aus, wenn das Gesetz die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben den Einzelstrafen für zulässig erachtet hätte, Anlaß zu einer Bestimmung gewesen wäre, ob die Gesamtdauer der Ehrenstrafe durch Zusammenrechnung der einzelnen Zeiträume oder etwa nach Art der Gesamtfreiheitsstrafe zu finden sei.

Gegen die Kumulation mehrfach verwirkter gleichartiger Nebenstrafen sprechen sich noch von Schwarze[145]) und Rüdorff-Stenglein[146]) aus, die jedoch keine Begründung ihrer Ansicht geben.

Weder die Gründe des Reichsgerichts noch die Olshausens sind überzeugend. Mit Unrecht folgern beide aus der dem § 76 Abs. 2 StGBs zu entnehmenden Vorschrift, daß die Nebenstrafe „neben der Gesamtstrafe" zu erkennen sei, daß die Gesamtstrafe auch die Grundlage für die Bemessung der Dauer der Nebenstrafen bilden müsse. Diese Folgerung ist in keiner Weise geboten. Die Gesamtstrafe, zu deren Bildung vielleicht zum überwiegenden Teile Einzelstrafen herangezogen worden sind, neben denen der Richter, hätte er sie einzeln verhängt, keine Nebenstrafe hätte aussprechen dürfen, ist so ungeeignet wie möglich, die „Grundlage" für die Bemessung der Zeitdauer der Nebenstrafe zu bilden. So können denn auch weder Olshausen noch das Reichsgericht einen Maßstab aufstellen, nach dem die Gesamtdauer der Nebenstrafe — unter Zugrundelegung der Gesamtfreiheitsstrafe — zu bemessen wäre. Dem freiesten richterlichen Ermessen scheint es überlassen zu sein, eine geeignete Dauer für die Nebenstrafe zu finden.

---

143) N. 2 Abs. 2 zu § 76.
144) II 8. 4. 02. Goltd. Arch. 49 S. 262. — II 6. 2. 03. E. 36 S. 88.
145) N. 3 zu § 76.
146) N. 1 zu § 76.

Ob der Angeklagte bei dieser Art der Nebenstrafenbildung im allgemeinen besser oder schlechter daran ist, als wenn die im einzelnen verwirkten Nebenstrafen gehäuft werden, läßt sich nicht entscheiden. Denn das Reichsgericht und Olshausen verbieten dem Richter, neben den von ihm ausgeworfenen Einzelstrafen, neben denen auf die Nebenstrafe erkannt werden kann, den Betrag zu normieren, der bei gesonderter Aburteilung zu verhängen gewesen wäre. Eine derartig willkürliche Strafenbildung aber läßt sich nicht halten. Wenn in dieser Weise tatsächlich zu verfahren wäre, so hätte es einer positiven gesetzlichen Vorschrift bedurft; nicht aber darf man umgekehrt mit dem Reichsgerichte aus dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung darüber, ob die im einzelnen verwirkten Beträge der Nebenstrafe zusammenzurechnen seien, oder ob die Gesamtdauer der Nebenstrafen nach Art der Gesamtfreiheitsstrafe zu finden sei, folgern, daß weder das eine noch das andere zu tun sei, daß vielmehr eine ihrer Entstehung nach unkontrollierbare einheitliche Nebenstrafe auszusprechen sei. Der richtige Schluß, der aus dem Fehlen einer derartigen Bestimmung zu ziehen ist, ist vielmehr der, daß die neben den Einzelstrafen als verwirkt zu erachtenden Nebenstrafen — unter Einhaltung der Höchstgrenzen der §§ 32 Abs. 2 und 35 Abs. 1 StGBs zu häufen und ihrem Gesamtbetrage nach neben der Gesamtstrafe zu erkennen sind.

Die gegenteilige Ansicht führt zu dem Ergebnisse, daß der Richter die Nebenstrafe in ihrer Dauer verlängern, also verschärfen kann mit Rücksicht auf Straftaten, die mit Strafen bedroht sind, neben denen die Verhängung der Nebenstrafe unstatthaft ist. Bei der primären Bildung der Gesamtstrafe wird dies niemals erkennbar sein, deutlich wird dies aber im Falle der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe: dann geben Olshausen[147]) und Rüdorff-Stenglein[148]) dem zweiten Richter das Recht, die Dauer der Nebenstrafen zu verlängern, obschon kein einziger der später abzuurteilenden Fälle die Erkenntnis der Nebenstrafe rechtfertigen würde. Dieses Ergebnis ist dem Sinne der Nebenstrafe zuwider, denn nur wegen bestimmter Straftaten soll den Verbrecher neben der erkannten Hauptstrafe die entehrende Nebenstrafe treffen. Es ist ein unannehmbares Ergebnis, daß auf eine längere Nebenstrafe soll erkannt werden dürfen, weil neben Straftaten, die die Nebenstrafe rechtfertigen, zufällig andere Straftaten mit abgeurteilt werden, die bei ge-

---

[147]) Kommentar N. 2 Abs. 3 zu § 76.
[148]) N. 4 zu § 76.

trennter Aburteilung die Nebenstrafe nicht nach sich ziehen könnten.[149])

Der Meinung, daß mehrmals verwirkte gleichartige Nebenstrafen zu häufen seien, ist auch Binding,[150]) mit der Begründung, Gesamtstrafe sei stets nur eine Hauptstrafe. Auch Olshausen[151]) hat früher auf dem Standpunkte gestanden, daß gleichartige Nebenstrafen zu häufen seien. Hälschner[152]) spricht sich dahin aus, daß die Kumulierung mehrerer auf Zeit zu erkennender Nebenstrafen durch das Gesetz nicht verboten sei, aber gegen die ratio legis verstoßen würde. Wie zu verfahren sei, sagt er nicht, sondern beschränkt sich auf die Feststellung, daß bei Kumulation jedenfalls nicht über das gesetzliche Höchstmaß hinausgegangen werden dürfe. Merkel scheint der hier vertretenen Ansicht zu sein, wenigstens sagt er,[153]) nachdem er über die bei der Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe notwendigen Rechenoperationen gesprochen hat:

„Die Zuerkennung von Nebenstrafen ist von diesen Operationen unabhängig (§ 76). Es dürfen aber, wenn jene mehrfach verwirkt sind, die in den §§ 32, 35 38 gezogenen Grenzen nicht überschritten werden."

Dies kann kaum anders gedeutet werden, als daß er mehrfach verwirkte Nebenstrafen gehäuft wissen will.[154]) Auch Rubo[155]) scheint im Grundsatze Häufung gleichartiger Nebenstrafen zu verlangen, zum mindesten hält er sie für zulässig, wenn nur die gesetzlichen Höchstgrenzen nicht überschritten werden.

Als Ergebnis ist festzuhalten: der zweite Richter kann nur dann in die Lage kommen, Nebenstrafen der gedachten Art zu

---

149) Irrtümlicherweise zitieren übrigens sowohl Olshausen wie Rüdorff-Stenglein a. a. O. von Schwarze als Vertreter ihrer Meinung auch in der eben dargestellten letzten Konsequenz. Wohl sagt er in seinem Kommentar in N. 7 zu § 79 StGBs, auch die Ehrenstrafe müsse bei nachträglicher Bildung der Gesamtstrafe unter Berücksichtigung sämtlicher Straffälle von neuem bestimmt und nach Befinden in ihrer Dauer erhöht werden, kurz darauf aber erklärt er S. 318 in Anm. 4:

„Eine Erhöhung der Zeit, auf welche die Ehrenrechte aberkannt worden sind, ist nicht zulässig, dafern nicht die Aberkennung selbst durch einen nachträglich zur Aburtheilung kommenden Fall gerechtfertigt ist."

150) Grundr. d. StrRs S. 292.

151) Vorbestr. S. 72.

152) Bd. 1 S. 690 Anm. 4.

153) In H. H. Bd. 2 S. 584.

154) Von Schwarze allerdings zitiert Merkel in seinem Kommentare in Anm. 2 zu N. 3 zu § 76 als Vertreter der gegenteiligen Meinung.

155) N. 3 zu § 76.

verhängen und zu bereits früher verhängten Nebenstrafen in Beziehung zu setzen, wenn ihm selbst Straftaten zur Aburteilung vorliegen, die die Erkennung solcher Nebenstrafen rechtfertigen. Er hat dann die neben den Hauptstrafen verwirkten Beträge gleichartiger Nebenstrafen zu häufen und darauf zu achten, daß die in den §§ 32 Abs. 2, 35 Abs. 1 StGBs gezogenen Höchstgrenzen nicht überschritten werden.

§ 12.

Die nachträgliche Bildung von Gesamtstrafen nach § 492 der StPO.

§ 492 der StPO bestimmt:

„Ist jemand durch verschiedene rechtskräftige Urtheile zu Strafen verurtheilt worden, und sind dabei die Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesamtstrafe (§ 79 des Strafgesetzbuches) außer Betracht geblieben, so sind die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesamtstrafe zurückzuführen."

Der § 492 der StPO erweitert also das Anwendungsgebiet der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGBs noch über die bereits durch die Bestimmung des § 79 StGBs hinausgeschobenen Grenzen hinaus. Daß die nachträgliche Anwendung nicht bloß der Bestimmungen über die Bildung der Gesamtstrafe — von der allein in dem § 492 der StPO die Rede ist — sondern auch der Bestimmungen der §§ 75 bis 78 StGBs durch diese prozessuale Vorschrift gesichert werden soll, entspricht ihrem Sinne und ist auch aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 79 StGBs zu folgern. So die gemeine Meinung.[156])

Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 492 der StPO sind folgende:

1. Gegen denselben Täter müssen mehrere rechtskräftige Urteile vorliegen,

2. Bei dem letzten dieser Urteile müssen die Vorschriften des § 79 „außer Betracht geblieben" sein.

Streit herrscht darüber, wann die letztere Voraussetzung vorliege. Die Motive zu § 414 (dem jetzigen § 492) des Entwurfes der Strafprozeßordnung verneinen die Anwendbarkeit

---

[156]) von Kries S. 765. — Löwe-Hellweg N. 3 zu § 492. — Olshausen, Kommentar N. 19 Abs. 2 zu § 79. — Oppenhoff-Delius N. 23 zu § 79.

der in dem Paragraphen enthaltenen Bestimmung für den Fall, daß die Zuerkennung einer Gesamtstrafe vermöge einer unrichtigen Auffassung der strafrechtlichen Vorschriften unterblieben sei. Denn dann beruhe das spätere Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes, der durch Rechtsmitteleinlegung abzuhelfen gewesen wäre, und die Sache liege nicht anders, wie bei sonstigen einem Urteile zu Grunde liegenden Rechtsirrtümern des Richters. Solche aber könnten die Anfechtung oder Abänderung eines rechtskräftig gewordenen Urteils nicht begründen. Demgegenüber behauptet Beling,[157]) daß irrige Ausführungen in den früheren Urteilen über die Nichtanwendbarkeit des § 79 StGBs den späteren Richter bei der Prüfung der Frage, ob er gemäß § 492 der StPO eine Gesamtstrafe zu bilden habe, nicht bänden. Dieselbe Meinung vertritt von Kries,[158]) der gegen die Auslegung des § 492 der StPO polemisiert, die die Motive an die Hand geben. Er verneint das Ausschlaggebende der Erwägung, daß, wenn der Richter in irriger Auffassung des materiellen Rechtes keine Gesamtstrafe gebildet habe, das Urteil auf einer nur durch Rechtsmittel zu verbessernden Gesetzesverletzung beruhe, und daß dann die Sache nicht anders liege als bei sonstigen Rechtsirrtümern des Richters, die gleichfalls zu keiner Abänderung des rechtskräftigen Urteils führen könnten. Es werde dabei übersehen, daß die Nichtkenntnis der früher ergangenen Urteile sich als ein tatsächlicher Irrtum darstelle, für den ganz entsprechende Erwägungen Platz griffen. So sei denn der § 492 der StPO eine durch nichts gerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft.[159]) — Der gleichen Meinung ist wohl auch Binding,[160]) wenn er sagt, die Gesamtstrafe sei nach § 492 der StPO nachträglich vom Gerichte zu bilden, wenn im Falle der Realkonkurrenz verschiedene rechtskräftige Urteile unter Verletzung von § 79 StGBs ergangen seien.

Diese Auffassung wird man nicht teilen können. Man wird die Auslegung, die die Motive dem § 492 der StPO geben, nicht ohne weiteres bei Seite schieben dürfen. Durch den § 492 der StPO soll nicht eine besondere Instanz geschaffen werden, der es zusteht, in jedem Falle nachzuprüfen, ob beim Vorhandensein mehrerer rechtskräftiger Urteile gegen denselben Verurteilten ein Fall der Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 79 StGBs vorgelegen hat oder nicht, und der das Recht zusteht,

---

[157]) Bennecke-Beling S. 621 Anm. 43.

[158]) S. 764.

[159]) Daß dies der Fall sei, beklagt auch Meves in H. H. d. Strafpr Bd. 2 S. 488 Anm. 12. Im übrigen aber steht er auf dem Standpunkte, daß de lege lata der Auslegung der Motive zu folgen sei.

[160]) Grundr. d. Strpr. S. 299 VII 1 b.

den Fehler des Richters zu verbessern, der infolge irrtümlicher Auffassung der materiellrechtlichen Bestimmungen die Anwendbarkeit des § 79 StGBs verneint hat. Der § 492 der StPO will den Grundsatz der Unantastbarkeit rechtskräftiger Entscheidungen nicht in diesem Umfange beseitigen, sondern er will nur gewisse Unbilligkeiten verhüten, die dadurch entstehen können, daß Umstände tatsächlicher Natur, wie die Unkenntnis von der früheren Verurteilung, den späteren Richter an der Anwendung des § 79 StGBs gehindert haben. Etwas anderes könnte man aus den Worten „außer Betracht geblieben" auch nicht herauslesen, selbst wenn die Motive das, was sich der Gesetzgeber bei diesen Worten gedacht hat, nicht so deutlich zum Ausdrucke bringen würden. Eine ganz andere Frage, die hier nicht zur Entscheidung steht, ist die, ob es de lege ferenda richtig war, das Prinzip der Rechtskraft, wie geschehen, zu durchbrechen, um Unbilligkeiten zu beseitigen, die sich doch bei dem vom Strafgesetzbuche angenommenen Systeme für die Bestrafung real konkurrierender Straftaten nie völlig werden vermeiden lassen. Weil nun aber de lege lata in § 492 der StPO tatsächlich der Grundsatz der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen zu Gunsten einer erweiterten Anwendung der §§ 74 bis 78 StGBs durchbrochen worden ist, so erscheint es doch keineswegs angezeigt, diese Durchbrechung in größerem Umfange zuzulassen, als der Gesetzgeber beabsichtigte.

Der § 492 der StPO wird also keinesfalls dann anwendbar sein, wenn der zuletzt erkennende Richter die von ihm abzuurteilende Straftat auf ihr Verhältnis zu der oder den vorher abgeurteilten Straftaten geprüft, aber infolge unrichtiger Anwendung materiell rechtlicher Vorschriften es verneint hat, daß die Voraussetzungen des § 79 StGBs vorliegen, und deswegen von der Anwendung der Vorschriften der §§ 74 bis 78 StGBs abgesehen hat. In einem solchen Falle kann nicht die Rede davon sein, daß diese Vorschriften „außer Betracht geblieben" seien. Gegen ein solches Urteil können nur die ordentlichen Rechtsmittel helfen; ist es aber rechtskräftig geworden, so bleibt für die Anwendung der Bestimmung von § 492 der StPO kein Raum.[161])

In allen anderen Fällen aber, in denen es nicht ersichtlich ist, daß der spätere Richter infolge Rechtsirrtums die Bildung einer Gesamtstrafe abgelehnt hat, hat der § 492 der StPO Platz zu greifen, also besonders auch dann, wenn der spätere Richter an der Verhängung einer Gesamtstrafe dadurch gehindert war,

---

[161]) So auch Bennecke, Lehrbuch (1895) S. 798 Anm. 18. — Löwe-Hellweg N. 1a zu § 492.

daß zur Zeit seines Urteilsspruches das oder die früheren Straferkenntnisse die Rechtskraft noch nicht beschritten hatten (vergl. oben S. 8 bis 18).

Die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe erfolgt ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß des Gerichts erster Instanz. Die Zuständigkeit regelt sich nach § 494 Abs. 3 der StPO.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe nach § 492 der StPO nicht. Erwähnt sei nur, daß zur Bildung einer Gesamtstrafe im Falle des § 492 der StPO unter Umständen auch eine zur Zeit der Beschlußfassung durch Verbüßung vollständig erledigte Strafe herangezogen werden kann, falls diese nur zur Zeit der letzten Urteilsfällung, als die Anwendung des § 79 StGBs an sich möglich gewesen wäre, aber außer Betracht geblieben ist, noch nicht völlig verbüßt war.[162])

---

[162]) Vgl. Beschl. des OLG Dresden vom 22. 12. 87. Goltd. Arch. 37 S. 236. — Löwe-Hellweg N. 1 a zu § 492.